العرف والعمل

في المذهب المالكي

ومفهومهما لدى علماء المغرب

تأليف:

عمر بن عبد الكريم الجيدي

طبع هذا الكتاب تحت إشراف اللجنة المشتركة لنشر إحياء التراث الإسلامي
بين حكومة المملكة المغربية وحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة.

رقم الإيداع القانوني لدى الخزانة العامة بالرباط
1982 / 596
مطبعة فضالة ـ المحمدية (المغرب)

بسم الله الرحمن الرحيم

☆ ☆ تصدير ☆ ☆

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على النبي الأمين محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين

في إطار الجهود التي تبذلها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لخدمة التراث الإسلامي عموما، وما يتصل بالتراث المالكي خصوصا، والعناية الفائقة التي توليها لخدمة هذا المذهب، ونصرته، والدفاع عنه، والتمكين له مهتدية في ذلك بالتوجيهات السامية لمولانا أمير المومنين أعز الله أمره وخلد في الصالحات ذكره.

وجريا على سنتها الحميدة في تشجيع الأبحاث العلمية، والأخذ بأيدي أصحابها، وترحيبها بما يقدم إليها من دراسات لطبعها ونشرها.. تقوم اليوم بطبع عمل آخر في إطار الصندوق المشترك لإحياء التراث الإسلامي بين هذه الوزارة ووزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات العربية المتحدة.

ويتعلق الأمر بكتاب «العرف والعمل في المذهب المالكي» لمؤلفه : الدكتور عمر الجيدي.

والكتاب عبارة عن دراسة جامعية تقدم بها صاحبها لنيل دكتوراة الدولة في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية، وهي دراسة أصولية مركزة.

والدراسة مقسمة إلى قسمين رئيسيين تتخللها أبواب وفصول ومباحث :
القسم الأول : مخصص لدراسة العرف.
القسم الثاني : مخصص لدراسة العمل.

وهكذا تناول الباحث بالدراسة والتحليل في القسم الأول مفهوم العرف في المذهب المالكي من حيث تحديده لغة واصطلاحا، موضحا العلاقة بينه وبين العادة، والأدلة الشرعية لتحكيمه من الكتاب والسنة وآراء الصحابة وأئمة الاجتهاد مبينا شروطه وأنواعه، وسلطانه وقوته،

وأثره على النصوص ومنزلته بينها، وعلاقته بغيره من المصادر الأخرى - مناقشا الأدلة ومستدركا أدلة أخرى أغفلها من استدل للعرف، وتغير الأحكام بتغير العادات مبرزا أن المذهب المالكي قد أوغل في الاعتماد على هذا المصدر أكثر من غيره، رابطا بين العرف الشرعي والأعراف المغربية، متتبعا نشأة هذه الأخيرة وتطورها وتأثيرها في التنظيم القضائي المغربي في مرحلة ما قبل الاستقلال وما بعده، ومستعرضا رأي علماء المغرب فيها.

وتناول في القسم الثاني من الدراسة : مفهوم العمل، والأسباب الداعية إلى الأخذ به، ونشأة عمل أهل المدينة وتطوره والدليل على حجيته من الأحاديث والآثار ورأي الأئمة المجتهدين مستعرضا وجهة نظر الفقهاء الذين وقفوا من هذا العمل موقف الرد والإنكار، مناقشا رأيهم مبينا أن هؤلاء لم يدركوا سر ما قصد إليه الإمام مالك في اعتباره لهذا الأصل. موضحا أن الأخذ بالعمل قديم يرجع إلى عهد الصحابة والتابعين. وهكذا أفاض القول في عمل أهل المدينة ووجهة نظر المالكية فيه، وكيف فهموه، واستدلوا عليه، ثم انتقل إلى بحث العمل عند المغاربة من حيث نشأته وتطوره ومنهج علماء المغرب في إثباته، ومدى صلته بعمل أهل المدينة، والشروط التي اشترطوها فيه وتنوعه بالمغرب وموقف الفقهاء منه، والمآخذ التي أخذت عليه، مبرزا تطور الفقه المالكي من خلال ما جرى به العمل ليصل في النهاية إلى استنتاج أن ما جرى به العمل أصبح مصدرا رسميا للتشريع مما دفع المغاربة إلى الاقبال عليه، واكثارهم منه، وتنافسهم في الأخذ به حتى صار لكل قطر عمله، وغدا الحكم يجري طبقا لما جرى به العمل ولو خالف المشهور، موضحا العلاقة بينه وبين العرف مبينا أن العمل ما هو إلا العرف في شكله المتطور، وأن هذا الأخير كان السبب في قيامه.

ثم قدم في الأخير فصلا مسهبا عن تأثير العرف والعمل في الأحكام الشرعية منهيا البحث بدراسة تطبيقية لتأصيل نظرية الأخذ بما جرى به العمل، خاتما البحث بخاتمة أجمل فيها القول عن قيمة العرف والعمل وتأثيرهما في التشريع مذيلا البحث بفهارس للآيات القرآنية والأحاديث النبوية والمراجع والمصادر والموضوعات.

نسأل الله أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن ييسر النفع والانتفاع به لطلاب المعرفة ورجال العلم الباحثين. آمين

الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري
وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية

تقديم

بقلم : الدكتور محمد فاروق النبهان
مدير دار الحديث الحسنية

يعتبر العرف من المؤثرات المباشرة في مسيرة التشريع، ونجد اثره في كثير من الاحكام واضحة جلية، كما نجد ملامح التشريع في الاعراف الاجتماعية، مما يؤكد التفاعل والتكامل بين التشريع وتوجهات المجتمع الاسلامي..

والاعراف في المغرب مؤشر اكيد على اصالة المجتمع المغربي، وارتباط عاداته اليومية بكثير من النصوص والاحكام مما جرى عليه العمل في صدر الاسلام، وذلك لان المذهب المالكي الذي يعتبر المذهب المفضل لدى المغاربة، يعتمد عمل اهل المدينة كمصدر من مصادر التشريع الاسلامي، وهو مصدر يستمد قوته من ارتباط عمل اهل المدينة بالسنة النبوية، نظرا الى ان ذلك العمل الذي اخذ به جمهور اهل المدينة لا بد ان يكون معتمدا على سنة فعلية او تقريرية نقلت عن طريق التواتر من جيل الصحابة الى جيل التابعين، الى الاجيال اللاحقة من ابنائهم واحفادهم..

وقد توسع علماء المغرب والاندلس في الاخذ بهذا المصدر التشريعي المعتمد في المذهب المفضل لديهم، والذي يعتبر المذهب الوحيد في بلاد المغرب، واشتهرت في الاوساط العلمية المغربية كلمة «العمل»، وكثر استعمالها كمصطلح اصيل من المصطلحات الفقهية والاصولية، وتداولتها المحاكم في ميدان القضاء، وعكف علماء المغرب على التاليف في موضوع «العمل»، وظهرت مؤلفات منثورة ومنظومة في موضوع ما جرى عليه «العمل» سواء في مجال الاحكام الفقهية او في مجال الدراسات القرانية المتعلقة بالقراءات..

ومن الكتب التي تعرضت لفقه «العمل» كتاب (نيل الامل فيما بين الائمة جرى العمل) لابي العباس احمد بن القاضي، كما وضع الفاسي منظومة ذكر فيها ثلاثمائة مسالة مما جرى به العمل في مدينة فاس. والذي دعاني الى الاشراف على بحث الزميل الاستاذ عمر الجيدي، هو ما لمست فيه من معالم الشخصية العلمية المتطلعة الى البحث الجاد الرصين، وقد اسعدني ان اجده متحمسا لهذه الدراسة عاقدا العزم على تخطي الصعوبات التي اعترضت طريقه، واستمر لمدة ثلاث سنوات وهو يتنقل بين المكتبات المختلفة، باحثا عن مصادره، مستعينا بما توفر لديه من مادة علمية لكي يقدم بحثه بشكل متكامل..

والحقيقة ان الباحث قد بذل جهدا مشكورا في اعداد بحثه، وكنت اتابع كمشرف على البحث، مراحل التحضير والاعداد، فاعجب بوفرة المادة العلمية التي استطاع الباحث جمعها، وبالمنهج العلمي السديد الذي اعتمد عليه لكي يقدم هذه الدراسة الهامة..

وقد اكدت اللجنة العلمية التي شاركت في مناقشة هذه الاطروحة اهمية هذه الدراسة وسلامة منهجها العلمي، واهلية الباحث للبحث العلمي، واشادت بالمجهود الكبير الذي بذله الباحث في هذه الدراسة.

ويسرني اليوم ان اقدم هذا البحث الهام الى المكتبة العربية المتخصصة في الدراسات الاسلامية، لكي يكون لبنة من لبنات صرحنا العلمي الذي نتطلع اليه بامل كبير، ونتابع مسيرته بلهفة واهتمام..

ومن واجبي ان اشيد بما عرض له الباحث من دراسة موضوعية للاعراف القبلية في المغرب، ومدى ارتباطها بالاحكام الشرعية، سواء ما تعلق منها بالاحوال الشخصية والمشاكل العقارية، والاحكام الجنائية، او ما ارتبط بوسائل الاثبات، كما اشار الباحث في نفس الباب الى اثر تلك الاعراف في التنظيم القضائي المغربي الحديث في مرحلة ما قبل الاستقلال، وما بعد الاستقلال..

وفي مجال البحث عن «العمل» في المغرب اوضح الباحث موقف فقهاء المالكية من العمل، ثم استعرض اراء فقهاء غير المالكية ممن رفضوا الاخذ بالعمل..

وفي نهاية بحثه حرص الباحث على ان يقدم لنا دراسة مستفيضة عن بعض التطبيقات على ما جرى عليه العمل في مسائل الاحوال الشخصية والبيوع والاوقاف والاجارات والاقضية والشهادات..

وارجو ان يوفق الباحث الى مزيد من الابحاث التي يتابع بها مسيرته العلمية، وان يوفق الى الكشف عن كثير من معالمنا التشريعية الاصيلة، واننا نضع اكبر الامال على هذا الجيل الجديد من الباحثين في حقل الدراسات الاسلامية، الذين يملكون من القدرات على البحث ما يجعلنا نتطلع بكل تفاؤل الى المستقبل...

وادعو الله ان يوفق الباحثين المخلصين، لكي يواصلوا مسيرة البحث بصدق وعزم، لكي تكون المكتبة الاسلامية غاصة بما نعتز به من انتاج علمائنا المعاصرين..

والله الموفق لكل خير.

الدكتور محمد فاروق النبهان

الرباط في 24 صفر 1404 هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الكتاب

أحمدك اللهم حمد الشاكرين، وأصلي وأسلم على رسولك النبي الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن سار على نهجهم، واهتدى بهديهم إلى يوم الدين.

أما بعد : فإن علم أصول الفقه من أشرف العلوم وأنفعها، وأدق أنواع الفنون وأصعبها، به تعرف طرق استنباط الاحكام العملية من أدلتها التفصيلية، وبه يتأتى للفقيه التمييز بين الحلال والحرام، فمن ألم به فقد عرف مدارك المجتهدين، وسهل عليه معرفة أسباب الخلاف بين الائمة المتقدمين...

هذا وان مصادر التشريع الإسلامي نوعان : أصلية وتبعية فالأولى تنحصر في الكتاب والسنة والإجماع، والثانية عد علماء الأصول منها : القياس والاستحسان، والمصالح المرسلة والعرف...

1 ـ فالقرآن الكريم لا يشك مسلم في أنه المصدر الأول للتشريع الإسلامي، اعتقادا وأخلاقا ومعاملة وسلوكا يفصل في الاعتقادات والأخلاق، ويجمل في جانب المعاملات، الا حيث يتصل الحكم بقضايا لا يتغير فيها الحكم على مر الأزمان كالمواريث، وما يتعلق بأحكام الأسرة عموما...

والحكمة في ذلك : أن العقيدة هي الأساس، ولأنها لاتتغير ولا تتبدل مهما تغير الزمان واختلف المكان، على خلاف التشريع العملي

الذي يخضع كثيرا لتغير الأحوال بتجدد الحوادث والنوازل، لذلك نرى الحق سبحانه أوكل التفاصيل إلى السنة النبوية امرا المسلمين باتباعها...

على أن الأحكام الواردة في القرآن الكريم رغم عمومها وكلياتها، فهي تتسم بالمرونة واليسر مما يجعلها صالحة للتطبيق في كل عصر. فالأحكام الكلية لا يؤثر فيها اختلاف الزمان والمكان، وإنما الاختلاف طابع الجزئيات، الشيء الذي سهل على الأئمة المجتهدين أن يستنبطوا من أحكام القرآن الكلية مبادىء طبقوها على الجزئيات وإذا كان المسلمون جميعا قد اتفقوا على أن كلام الله مصدر أساسي للتشريع، فإنهم متفقون كذلك على أن أحكامه واجبة الاتباع لا يعدل عنها إلى غيرها ما وجدوها فيه.

2 ـ ولا يختلف المسلمون في أن السنة النبوية هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي، وأصل من أصول الأحكام الشرعية، ولا تختلف عن المصدر الأول إلا في كون القرآن كلام الله لفظا ومعنى والسنة كلام نبيه صلى الله عليه وسلم.

وحيث إن السنة تعتبر المصدر الثاني فإنها تحل محل الأول في القضايا التي لم ينزل فيها وحي من عند الله، وهي تقوم بدور الشرح والبيان والتأكيد، تبين ما أجمله القرآن، وتؤكد ما ورد فيه.

والنصوص التي وردت بها السنة من حيث دلالتها على الأحكام نوعان : قطعية وظنية، فما كان منها لا يحتمل إلا معنى واحدا، فهو قطعي الدلالة، وما احتمل معنيين أو أكثر فهو ظني الدلالة.

3 ـ والإجماع لدى جمهور علماء الإسلام يعتبر المصدر الثالث للتشريع، ولا يختلف عن المصدرين الأوليين إلا في كونه اختلف فيه، ومع هذا الاختلاف الشاذ يظل مصدرا من أهم المصادر التي تستقى منها الأحكام، فمهما أجمع المجتهدون على أمر من الأمور صار ما أجمعوا عليه حجة شرعية ملزمة.

والنقطة الجديرة بالإشارة هنا : أن الاجماع إن كان عن دليل أو انعقد على مسائل عرفت من الدليل ضرورة، فلا يعتبر هذا الإجماع دليلا، لأن الدليل الذي استند إليه الإجماع : هو الحجة وهو الدليل، ولا فائدة في الإجماع بعد ذلك، وإنما يعتبر الإجماع دليلا على الحقيقة إذا تعلق الأمر بمسألة اجتهادية فقد فيها النص القطعي، واتفق رأي المجتهدين على إيجاد الحكم، أو استندوا في ذلك على دليل ظني، فإن اتفاقهم على هذا الدليل يصيره من حالته الظنية إلى القطع.

والنقطة الثانية التي يجب التذكير بها هو أن الإجماع مصدر من مصادر التشريع عند أهل السنة، أما غيرهم من الفرق الشاذة فلهم في الإجماع رأي آخر يختلف عن رأي الجماعة، وبسط الكلام في ذلك ليس هذا محله...

4 ـ ويأتي القياس من حيث الحجية في المرتبة الرابعة، والخلاف فيه بين علماء الاصول كثير، الا ان جمهور الاصوليين يذهبون الى اعتباره والاعتداد به، رغم تبعيته للأدلة الأخرى، إذ من المعلوم أن القياس لا يثبت به حكم إلا إذا ثبت الحكم في الأصل بدليل من الادلة السابقة، لذلك قيل في شأنه : ان القياس من حيث حجيته له وجهان : أصل من وجه، وفرع من وجه.

وعلى الرغم من أن القياس يأتي في الدرجة الرابعة، إلا أنه أوسع دائرة من المصادر الأخرى، فنصوص القرآن والسنة ـ على كثرتها ـ لم تثبت أحكام كل الحوادث والجزئيات، والإجماع نادر الوقوع لاختلاف المجتهدين بخلاف القياس فإنه لايشترط فيه اتفاق المجتهدين، وإنما هو عمل فردي لكل مجتهد.

وحيث إن الحوادث تتجدد، وتختلف باختلاف البلدان، كان القياس أجدر بأن يلاحق هذا التطور وهذا التجديد.

5 ـ ان الراي السائد لدى جمهور العلماء انه لم يقدر لرسول الله صلى الله عليه وسلم، أن يستوعب إلا القواعد الكلية للتشريع، وجانبا

من الأحكام الفقهية التي تتصل بحياة الناس وواقعهم... وان تناهي نصوص الكتاب والسنة، وعدم تناهي الحوادث المتجددة يؤيد هذا الرأي..

يقول ابن رشد الحفيد : «ان الوقائع بين أشخاص الاناسي غير متناهية، والنصوص والأفعال والاقرارات متناهية، ومحال أن يقابل ما لا يتناهى بما يتناهي» (1).

وإلى هذا الرأي يجنح «ابن خلدون»، فهو يرى أن «الوقائع المتجددة لا توفي بها النصوص، وما كان منها غير ظاهر في النصوص فيحمل على المنصوص لمشابهة بينهما» (2).

وجاء في الملل والنحل «أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد، ونعلم قطعا أيضا أنه لم يرد في كل حادثة نص، ولا يتصور أيضا ذلك، والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بعدد كل حادثة اجتهاد». (3) ولا يختلف رأي «ابن عبد البر» عن الاراء السابقة، فهو يؤكد أن الفروع لا حد لها تنتهي إليه أبدا، ولذلك تشعبت، فمن رام أن يحيط باراء الرجال، فقد رام ما لا سبيل اليه ولا لغيره اليه لانه لا يزال يرد عليه ما لا يسمع، ولعله ان ينسى اول ذلك باخره : لكثرته. فيحتاج الى ان يرجع الى الاستنباط» (4).

---

1) بداية المجتهد : 1 / 2.
2) المقدمة ص : 445 ط : التجارية.
3) الملل والنحل اللشهرساني : 1 / 199.
4) الأبحاث السامية : 1 / 17.

ولعل هذا المعنى يرشد إليه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما بعث معاذ بن جبل إلى اليمن فقال : كيف تصنع ان عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بما في كتاب الله، قال : فإن لم يكن في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال : أجتهد رأيي ولا آلو، فضرب بيده في صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضاه رسول الله» (5)، ونحوه روى عن عمر بن الخطاب فيما كتب به إلى قاضيه شريح (6).

ولا عجب في هذا، فإن الأصول محدودة، والحوادث ممدودة، كما قال العلامة السرخسي (7).

6 ـ وليس معنى هذا أن شريعة الإسلام قاصرة أو عاجزة عن استيعاب هذه الأمور وشمول المواضيع المستجدة أو المعاصرة.. فشريعة الله وسعت كل شيء ما كان واقعا على عهد الرسالة، وما سيأتي بعد ذلك، ولكن النبي عليه السلام، كان يراعي في إبلاغ الحكم حاجة الناس ومقتضيات الظروف الزمانية «لا تسألوا عن أشياء ان تبد لكم تسؤكم» (8).

ولم يمض على وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلا زمن قصير حتى ظهرت حاجات جديدة لم يعرف الصحابة والتابعون لها حلا في الكتاب، ولا فيما صح من السنة النبوية، «فكان أبو بكر إذا ورد عليه خصم ينظر في كتاب الله، فإن وجد بما يقضي بينهم قضى به، وإن لم يكن في الكتاب وعلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم،

---

5) إعلام الموقعين : 1 / 70.
6) انظر جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر : 2 / 69.
7) انظر أصول السرخسي : 1 / 10.
8) المائدة : 101.

في ذلك الأمر سنة قضى بها، فإن أعياه خرج فسأل الصحابة فقال : أتاني كذا وكذا، فهل علمتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قضى في ذلك بقضاء، فربما اجتمع إليه النفر كلهم يذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيه قضايا فيقول أبو بكر الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ علينا علم نبينا، فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، جمع رؤوس الناس وخيارهم، فاستشارهم فإذا اجتمع رأيهم على أمر قضى به» (9).

وجاء في وصية عمر للقاضي شريح «فإن جاءك ما ليس في كتاب الله ولم يكن في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يتكلم فيه أحد بتلك، فاختر أي الأمرين شئت، إن شئت أن تجتهد رأيك لتقدم فتقدم، وإن شئت أن تتأخر فتأخر، ولا أرى التأخير إلا خيرا لك» (10).

ويؤثر عن ابن مسعود رضي الله عنه من عرض له منكم قضاء فليقض بما في كتاب الله، فإن لم يكن في كتاب الله ولم يقض فيه نبيه صلى الله عليه وسلم، فليقض بما قضى به الصالحون، فإن جاء أمر ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه ولم يقض به الصالحون فليجتهد برأيه، فإن لم يحسن فليقم ولا يستحيي (11) ولهذا لجا الفقهاء إلى إعمال الرأي والاجتهاد منذ الأيام الأولى لوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، في المسائل المستحدثة، وليس اللجوء إلى الاجتهاد ـ بمختلف أشكاله ـ إلا دليلا قاطعا على أن الكتاب والسنة لم يستوعبا الوقائع المستحدثة بالحكم، إذ لا معنى للاجتهاد وإعمال الرأي فيما نص عليه الكتاب أو السنة بحكم صريح.

---

9) انظر فجر الإسلام ص : 239 ودائرة المعارف لفريد وجدى : 3 / 212.

10) جامع بيان العلم وفضله : 2 / 70.

11) انظر تمهيد لتاريخ الفلسفة الإسلامية ص : 177 ط. ثانية.

يقول الاستاذ «عبد الوهاب خلاف» : والواقعة التي دل على حكمها نص قطعي في وروده وقطعي في دلالته، بمعنى انه لا مجال للعقل لان يدرك منه الا حكما بعينه لا مساغ للاجتهاد فيها، والواجب اتباع حكم النص فيها بعينه، فلا مجال للاجتهاد في اقامة الصلاة فريضة، ولا في فروض اصحاب الفرض من الورثة، ولهذا اشتهر قول الاصوليين : لا مساغ للاجتهاد فيما فيه نص قطعي صريح، والواقعة التي دل على حكمها نص ظني الدلالة بمعنى ان النص يحتمل الدلالة على حكمين او اكثر وللعقل مجال لان يدرك منه اي الحكمين او الاحكام فيها مجال للاجتهاد، ولكنه اجتهاد في حدود فهم المراد من النص، وترجيح احد معنييه، وعلى المجتهد ان يبذل جهده في هذا الترجيح بالاجتهاد بالاصول اللغوية والتشريعية وما يصل اليه باجتهاده عليه العمل به» (12).

7 ـ وقضية الاكتفاء بالنصوص كمصادر للتشريع او التوسع في المصادر كانت ـ دائما ـ مثار اختلاف علماء الاسلام، وانقسموا فيها قسمين :

فمنهم من قال بإعمال النصوص القطعية فقط (من كتاب وسنة واجماع) على خلاف في هذا الاخير شاذ، ومنهم من توسع في المصادر ورأى ان النصوص القطعية لا تكفي لاستيعاب ما يجد وما يحدث من علاقات ومشاكل واحداث...

فالفريق الاول المكتفي بالنصوص القطعية يذهب الى ان كلام الله فيه كل شيء، ولا داعي الى ايجاد المصادر الجديدة للاحكام وهذا الفريق يستدل ببعض النصوص من الكتاب والسنة والاثار.

---

12) مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه ص : 9 ط : دار القلم الكويت.

فمن الآيات : قوله تعالى : «ما فرطنا في الكتاب من شيء» (13) وقوله تعالى : «ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء» (14).

ومن الأحاديث ما أخرجه «الترمذي» وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال : «ستكون فتن، قيل وما المخرج منها ؟ قال : كتاب الله... فيه نبأ ما قبلكم، وخبر ما بعدكم، وحكم ما بينكم» (15).

وما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، «ان الله لو أغفل شيئا لأغفل الذرة والخردلة والبعوضة» (16).

ومن الآثار، ما أخرجه سعيد بن منصور عن ابن مسعود أنه قال : «من أراد العلم فعليه بالقرآن، فإن فيه خبر الأولين والاخرين» (17).
وما أخرجه ابن أبي حاتم عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : «أنزل في القرآن كل علم وبين لنا فيه كل شيء، لكن علمنا يقصر عما بين لنا في القرآن» (18). وقال أبو العباس المرسي في تفسيره : «جمع القرآن علوم الأولين والاخرين، بحيث لم يحط بها علما حقيقة إلا المتكلم به، ثم رسول الله صلى الله عليه وسلم، خلا ما استأثر به سبحانه وتعالى، ثم ورث عنه معظم ذلك سادات الصحابة وأعلامهم مثل الخلفاء الاربعة وابن مسعود وابن عباس حتى قال : لو ضاع لي عقال بعير لوجدته في كتاب الله تعالى، ثم ورث عنهم التابعون بإحسان، ثم

---

13) الأنعام : 38.
14) النحل : 89.
15) الإتقان : 2 / 126.
16) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ص : 2.
17) الإتقان : 2 / 126.
18) الإكليل ص : 2.

تقاصرت الهمم وفترت العزائم وتضاءل أهل العلم وضعفوا عن حمل ما حملته الصحابة والتابعون من علومه، وسائر فنونه، فنوعوا علومه وقامت كل طائفة بفن من فنونه، فاعتنى قوم بضبط لغاته وتحرير كلماته ومعرفة مخارج حروفه وعددها» (19).

وقال الإمام «ابن حزم» «كل أبواب الفقه ليس فيها باب إلا وله أصل في الكتاب والسنة نعلمه» (20).

ويقول الحافظ البرزلي : «وأكثر الوقائع في آخر الزمان واقعة فيما قبله، بل يفتقر للحفظ والفطنة من تطبيق الواقعة على ما حفظه» (21).

فعلى هذا الراي، تكون النصوص كافية. وإن محاولة ايجاد المصادر التكميلية للاصلين منازعة لله في احكامه، وتطاول على السيادة الالهية اذ لا حكم الا لله. ولا سبيل لمعرفة الحق في مصالح الناس الا بالرجوع الى الخالق. ولا يجوز التردد في تطبيق حكم من احكام الشريعة الاسلامية بدعوى مراعاة روح العصر او ظروفه. وإن الشريعة هي المعيار والحجة على كل عصر، وهي الحاكمة على اهواء الناس. فالشريعة اكتملت بوفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم. والله قد اكمل شريعته، وكشف بالنصوص عن حكم الله في كل مسالة، وكل مشكلة، ولا عبرة بتغير الزمان او المكان...

يقول «ابن حزم» : «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم، اتانا بهذا الدين وذكر انه اخر الانبياء وخاتم الرسل، وان دينه هو لازم لكل حي ولكل من يولد الى يوم القيامة في جميع الارض، فصح انه لا معنى لتبدل الزمان ولا لتبدل المكان، ولا لتغير الاحوال، وان ما ثبت فهو

---

19) الإتقان : 2 / 126 ـ 128.

20) الأبحاث السامية : 1 / 16.

21) أحكام البرزلي ـ مخطوط الخزانة الملكية رقم : 4841.

ثابت ابدا في كل مكان وعلى كل حال حتى ياتي نص ينقله عن حكمه في زمان اخر او مكان اخر. او حال اخرى. وكذلك ان جاء نص بوجوب حكم في زمان ما او في مكان ما او في حال ما. وبين لنا ذلك في النص وجب ان لايتعدى النص. فلا يلزم ذلك الحكم حينئذ في غير ذلك الزمان. ولا في غير ذلك المكان. ولا في غير تلك الحال قال تعالى : «ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه» (22).

هذه نظرة هذا الفريق وهي وان كانت فكرة صالحة نشيد بقيمتها الا انها نظرة جامدة تقف مع النص لا تتعداه. وهي تتحمس للنصوص اكثر مما تعتمد على العقل. بل تلغى هذا الاخير وتحط من قدره متجاهلة ان الشريعة جاءت موجهة العقل الى توجيه النصوص توجيها يتماشى مع واقع الناس ومصلحتهم...

الفريق الثاني :

والفريق الثاني نظر الى مصالح الناس والى اوضاع المجتمعات الاسلامية والى الواقع المعاش. مستخدما عقله في ادراك الاشياء وتحقيق المصلحة. وبناء الوقائع على النصوص. ولا ريب ان راى هذا الفريق يبدو اكثر وجاهة من الاول. فهو يعتمد النصوص وينطلق منها. ولا يرى من ممارسات الاجتهاد وإعمال الفكر. واستنباط الاحكام وتنوع المصادر الا تاييدا للنصوص واكتشاف مواضع المصلحة كما يرى ان الوقوف المطلق مع النصوص وتطبيقها على الواقع المتجدد منهج يصطدم بتلك النصوص نفسها...

واذا كانت الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان. فان ذلك لا يتاتى مع الجمود. لان العالم كله متغير متطور. ولعل وجود الناسخ

---

22) الأحكام : مجلد 2 / 592.

والمنسوخ في القرآن الكريم والحديث النبوي الشريف، يؤيد رأى هذا الاتجاه، فما وجد الا بسبب ما كان في الزمان النبوي من تغيرات الأحوال.

وقد قال ابن عباس في قوله تعالى : «عليكم أنفسكم» ان هذه الاية يعود العمل بها في اخر الزمان، ولهذا أيضا كان من أصول الشرع سد الذرائع والمصالح المرسلة والقياس والاستحسان إلى غير ذلك (23).

فالدين ما اتى الا رحمة بالناس. وهو بذلك يستجيب لحاجاتهم وتحقيق مصالحهم والنصوص التفصيلية التبعية من قياس واستحسان ومصالح وأعراف ما هي إلا استجابة لحاجات الناس، لأنها واجهت مشكالهم، فإذا تعددت المشاكل، وتبدلت الأوضاع، كان لابد أن تتغير الأحكام، وتتطور فالكل في هذا الكون متجدد متطور، فوجب مسايرته..

وأيضا فإن النصوص على تعددها - كما قلنا - محدودة بالقياس إلى المشاكل المتجددة، والسوابق التي ثبتت في عهد النبوة وصدر الإسلام مهما تعددت، فهي بدورها محدودة العدد بالقياس إلى ما يطرأ في كل يوم من مشاكل، والعالم كل يوم يزداد بالتجارب الإنسانية، وبما وصلت إليه العلوم الحديثة في ميادين الدراسات الاجتماعية، والنظم السياسية والاقتصادية والمعاملات التجارية، لا يملك ازاءها مشرع معاصر أن يسقط هذه المستجدات من حسابه، فلابد من مسايرة التطور البشرى لاسيما والفقهاء - مع كل هذا - يعرفون أن النصوص لم تتناول بالتفصيل كل شيء، وأن الله بين أشياء، وسكت عن أشياء، وفي ذلك دعوة للعقل لكي ينطلق ويبحث عن وجوه المصلحة، وإعطاء الحلول لكل ما يحدث.

والنصوص نفسها فيها عموم وفيها مجمل، وفيها تفصيل كذلك، فما كان منها مفصلا شاملا لا مجال للعقل لأن يستدرك عليه، أو يزيد

---

23) الفكر السامي : 4 / 241.

فيه. وما كان مجملا وعاما. فهذا محل إعمال العقل. والشريعة الاسلامية تتسع لهذا الاجتهاد.

وأصحاب المذاهب الإسلامية الذين استنبطوا الاحكام من الكتاب والسنة والاجماع والقياس لم يستوعبوا كل شيء، ولم يحيطوا بكل شيء، وإنما كان نظرهم في الغالب منصبا على ما حدث في عصرهم، ولم يضيفوا على أنهم أصلوا أصولا لمن يأتي بعدهم.

يقول القاضي «عياض» : لكنهم (اي الائمة) لم يتكلموا من النوازل إلا في اليسير مما وقع، ولا تفرعت عنهم المسائل، ولا تكلموا من الشرع إلا في قواعد ووقائع، وكان أكثر اشتغالهم بالعمل بما علموا والذب عن حوزة الدين وتوطيد شريعة المسلمين، ثم بينهم من الاختلاف في بعض ما تكلموا فيه ما يبقى المقلد في حيرة ويحوجه إلى نظر وتوقف، وإنما جاء التفريع والتنقيح وسط الكلام فيما يتوقع وقوعه بعدهم، فجاء التابعون فنظروا في اختلافهم، وبنوا على أصولهم، ثم جاء من بعدهم العلماء من أتباع التابعين والوقائع قد كثرت، والنوازل قد حدثت والفتاوي في ذلك قد تشعبت، فجمعوا أقاويل الجميع، وحفظوا فقههم، وبحثوا عن اختلافهم واتفاقهم، وحذروا انتشار الأمر، وخروج الخلاف عن الضبط، فاجتهدوا في جمع السنن، وضبط الأصول، وسئلوا فأجابوا وبنوا القواعد، ومهدوا الأصول، وفرعوا عليها النوازل، ووضعوا للناس في ذلك التصانيف وبوبوها، وعمل كل واحد منهم بحسب ما فتح عليه ووفق له، فانتهى إليهم عمل الأصول والفروع والاختلاف والاتفاق، وقاسوا على ما بلغهم ما يدل عليه أو يشبهه» (24).

---

24) ترتيب المدارك : 1 / 61 ط : وزارة أوقاف المغرب.

فالحكم الشرعي يتأثر كثيرا بالظروف والأوضاع الاجتماعية التي ترافقه.

8 ـ وقد تطور المجتمع الإنساني من الحياة البدائية إلى الحياة المتمدنة وانتقل الانسان من الصحراء والارياف الى المدن الاهلة. وتحولت الحياة البدائية البسيطة إلى الحياة الاجتماعية المتحضرة المعقدة، وتغيرت علاقات الفرد بالكون والمجتمع والالة، وتبعا لذلك فان التشريع الإسلامي يجب أن يلاحق هذا التطور وهذه المدنية، ببناء الفروع على الأصول حتى يحفظ أصالته وسلامته وثباته واتصاله بالطبيعة البشرية الفردية والاجتماعية، ويضمن بذلك صلاحيته للبقاء والاستمرار في الظروف الاجتماعية المتطورة (25).

ولأمر ما رأينا أصحاب المذاهب الإسلامية أحدثوا مقاييس للرأي، واصطنعوا معايير جديدة للاستنباط، وألوانا من الاجتهاد، وبذلك كانت تختلف مذاهبهم في ذلك، فكان بعضهم يرفض وجهة نظر الاخر في الحكم.

وكان القياس أول هذه المعايير التي استعملها أرباب المذاهب ومن هذه المعايير : المصلحة المرسلة، والاستحسان، وسد الذرائع وقاعدة شرع من قبلنا، وقول الصحابي.. وما إلى ذلك من المصادر والأصول الفقهية التي اضطر الفقهاء إلى اصطناعها عندما طرأت على المجتمع الإسلامي ألوان جديدة من السياسة والإدارة والنظم.

ولم تكن النصوص الشرعية من الكتاب والسنة لتشمل تلك المظاهر الاجتماعية المستحدثة بحكم، ولذلك لم يجد الفقهاء بدا من الالتجاء إلى إعمال الرأي والاجتهاد في مثل هذه المسائل مما لانص

25) الإسلام والحكم ص : 276.

فيه من كتاب أو سنة، وتشعبت بذلك مدارس الفقه الإسلامي، وصيغت الأفكار في صيغة علمية محددة، حتى أصبح علم أصول الفقه صناعة علمية لها أصولها وقواعدها، وذلك كله يدل على عدم وفاء نصوص الكتاب والسنة بما استحدث للمسلمين بعد عصر الرسالة، أو ما جد لهم من حاجات على طريق التفاصيل، فالأصول جاءت بالكليات وتركت التفاصيل والجزئيات الى العقل يوجهها حسبما تتطلبه المصلحة البشرية، وحسب التطورات الزمانية والمكانية مستعينا في ذلك بالنصوص عامة وخاصة، وبذلك تكون الشريعة الإسلامية احتوت على قوة تشريعية هائلة تنظم شؤون المجتمع الاسلامي في المرافق الحيوية بصورة عامة، مع ما يلائم روح التشريع الاسلامي.

9 ـ والعرف هو الأصل المتجدد المتطور الذي يفي بكثير من هذه الأغراض، ويحقق مصلحة الناس عامتهم وخاصتهم، لأنه أقرب مصدر يمكن الاستفادة منه بكل سهولة ويسر، وهو الأصل الذي تدعو الحاجة اليه، لأن حاجة الناس الى العرف فطرة قديمة أحس بها الانسان منذ أيامه الأولى، وليست الأعراف والتقاليد البدائية غير النواة الأولى لأصول العقد الاجتماعي الذي تعاقد عليه المجتمع لتنظيم شؤونه الاجتماعية في بعض مراحله المتطورة.

يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : «من هنا تعلم أن القضاء بالعوائد يرجع الى معنى الفطرة، لأن شرط العادة التي يقضى بها ان لاتنافي الأحكام الشرعية، فهي تدخل تحت أحكام الاباحة. وقد علمت أنها من الفطرة، اما لأنها لا تنافيها، وحينئذ فالحصول عليها مرغوب لفطرة الناس، واما لأن الفطرة تناسبها وهو ظاهر» (26).

وسيأتي من النصوص ما يكشف بوضوح عن اعتبار العرف وأهميته بالنسبة للأحكام التشريعية، ومنزلته بين المصادر الأصلية والتبعية، فلا نستعجل ما سنذكره هناك، وإنما نختم هذا العرض بقول

---

26) مقاصد الشريعة الإسلامية ص : 61.

ابن عرفة «ان الجمود على النص من غير التفات إلى أحوال الناس وعوائدها وتنويعات الأزمان ضلال واضلال، قال الله تعالى : «وامر بالعرف. واعرض عن الجاهلين» (27).

10 ـ ونصل بعد هذا إلى الخطة التي سرت عليها، والمنهجية التي سلكتها في هذه الدراسة، وأستطيع القول بأنني اخترت ـ في البحث ـ منهجا علميا واقعيا، سلكت في ترتيب أبوابه ترتيبا طبيعيا، فبدأت بتعريف العرف، وعلاقته بالعادة والنسبة بينهما ثم العرف كمصدر للتشريع ومدى ارتباط بعض الأعراف القبلية المغربية بالأحكام الشرعية، وعلاقة هذا المصدر بغيره من المصادر التشريعية الأخرى».

وهكذا قسمت البحث الى باب تمهيدي وقسمين رئيسيين تتخللهما ابواب وفصول ومباحث وفروع، وخاتمة.

فالباب التمهيدي عرفت فيه بالعرف والعادة لغة واصطلاحا ومدى العلاقة بينهما، ورأى القائلين بترادفهما او تباينهما ومناقشة كلا الرأيين، حتى إذا أنهيت الكلام على هذا الباب ـ والذي هو دراسة تمهيدية للبحث ـ دخلت مباشرة في صلب الموضوع حيث الباب الأول الذي بحثت فيه العرف كمصدر للتشريع الإسلامي فاستعرضت فيه الأدلة التشريعية لتحكيم العرف من الكتاب والسنة وآراء الصحابة والأئمة المجتهدين، وناقشت هذه الأدلة والآراء، واستدركت أدلة أخرى اغفلها باحثو العرف، واستخلصت ان كل المذاهب الفقهية الرئيسية اخذت بالعرف واعتمدته كمصدر من مصادر التشريع بما في ذلك : الحنابلة والشافعية وبعض فرق الشيعة، ودحظت الراي القائل بان المذهبين : الشافعي والحنبلي لم ياخذا بالعرف ولم يحكماه، كما اوضحت ان المذهب المالكي اوغل في الاعتماد على العرف اكثر من غيره من بقية المذاهب الاخرى، وافضت القول في ذلك معززا وجهة نظري

---

27) كتاب البادية ص : 71 مخطوط الزميل الأستاذ : محمد الكبير العلوي.

بالدليل، كما بينت في هذا الباب أنواع العرف وشروطه من حيث : العموم والخصوص، والقول، والفعل، واطراده وغلبته، وعدم مخالفته للنص الشرعي أو معارضته بتصريح يخالفه، وقدم العرف المراد تحكيمه، والقوة الملزمة فيه، وأوضحت تغير العرف بتغير الزمان وأثر ذلك على الأحكام، سواء من ناحية العادات أم المعاملات، وبحثت تعارض العرف مع الأدلة الشرعية واللغوية وغيرها ومنزلته بينها، وأثره عليها، وعلاقته بالقرائن، وهكذا اشتمل هذا الباب على فصول...

الاول : في الادلة الشرعية لتحكيم العرف. والثاني في انواع العرف وشروطه. والثالث في القوة الملزمة فيه. والرابع في تغير الزمان واثره على العرف. والخامس في العرف عند التعارض. والسادس في منزلة العرف بين الادلة. والسابع في اثر العرف على النصوص، والثامن في علاقة العرف بالقرائن..

وعندما افضيت الى الباب الثاني الذي عقدته لبيان ارتباط الاعراف القبلية المغربية بالاحكام الشرعية اوضحت فيه نشاة هذه الاعراف وتطورها ونظام القبائل في التحكيم. وانتخاب شيوخ القبائل واعيان الجماعة. مستعرضا بعض النماذج من احكامهم. مبينا وسائل الاثبات لديهم، مبرزا تاثير هذه الاعراف في التنظيم القضائي المغربي في مرحلة ما قبل الاستقلال وبعده. وموقف سلاطين المغرب وولاته منه. وموقف السلطات الاجنبية من العرف البربري والمحاولات التي بذلتها لترسيخه وتعميق جذوره في نفوس المغاربة وارغامهم على التحاكم اليه بدلا من التحاكم الى شرع الله. كما بينت موقف علماء المغرب من هذه الاعراف مستعرضا وجهة نظر المؤيدين والمعارضين والمعتدلين.. فجاء في ثلاثة فصول :

الاول ـ في تحكيم العرف عند قبائل المغرب.

الثاني ـ في تاثيره في التنظيم القضائي المغربي.

الثالث - في موقف علماء المغرب من هذه الاعراف حتى اذا انتقلت الى القسم الثاني بحثت فيه العمل، موضحا معناه ومبيناً الاسباب الداعية الى الاخذ به، والدليل على حجيته من الاحاديث والآثار وراي المجتهدين، مستعرضا وجهة نظر بعض الفقهاء الذين وقفوا من هذا العمل موقف الرد والانكار وناقشت رايهم، وبينت مفهوم العمل الذي اخذ به المالكية فجاء هذا القسم في بابين : الباب الأول : اشتمل على فصول ثلاثة :

الاول : في عمل اهل المدينة.

الثاني : في وجهة نظر المالكية فيه، وكيف فهموه واستدلوا عليه.

الثالث : استعرضت فيه وجهة نظر غير المالكية في الموضوع، ثم انتقلت بعد هذا الى الباب الثاني، وفيه بحثت العمل عند المغاربة من حيث نشاته وتطوره ومنهج علماء المغرب في اثباته ومدى صلته بعمل اهل الاندلس والشروط التي اشترطوها فيه وتنوعه بالمغرب وموقف العلماء منه، وعلاقته بغيره من المصادر كالمصالح المرسلة والاستحسان، وتشريع اولي الامر، وماخذ على ما جرى به عمل المغاربة المتاخرين . وابرزت تطور الفقه المالكي من خلال ما جرى به العمل، ثم استعرضت اخيرا بعض المسائل كتطبيق على نظرية الاخذ بما جرى به العمل، وهكذا احتوى هذا الباب على فصول...

الاول : في العمل عند المغاربة.

الثاني : في نشاته وتطوره بالمغرب.

الثالث : في ارتباطه بالعمل الاندلسي.

الرابع : في منهج علماء المغرب في اثباته.

الخامس : في شروطه وموقف العلماء منه.

السادس : في علاقته بغيره من المصادر.

السابع : في تطبيقات على نظرية الاخذ بما جرى به العمل...

واني اذ اقدم هذه الدراسة المتواضعة لا ازعم انني وفيت البحث حقه، وقلت فيه الكلمة الاخيرة، كما لا ادعي انني احطت بالموضوع

من جميع جوانبه ولا نلت المرغوب او بلغت المطلوب. لكنها محاولة وبذل الجهد في موضوع ما علمت انه سبقني الى بحثه سابق على هذا النحو. ولعلها خطوة قد يكون لها بعض المردود ويرضى عنها القارىء رغم ما يمتاز به هذا المصدر من صعوبة تتجلى في قلة المصادر وصعوبة الاستنباط من الموجود منها لان احدا من الفقهاء لم يتعرض بتفصيل لقواعد العرف واحكامه وتبيين مسائله في كتاب جامع او بحث متكامل. وانما هي فقرات متناثرة في بطون كتب الفقه والنوازل مبعثرة في ثناياها تحتاج الى كثير من الجهد والعناء والصبر. ولقد ادركت بعد ان سرت في البحث خطوات مدى الثقل. ووعورة المسلك. وتنوع الشعاب ما يتخوف منه كل باحث لا يزال يخطو في وسط الطريق. لم تتهيا له كل اسباب البحث ووسائله...

وارى من الواجب علي ان اشيد بالمجهود الكبير الذي بذله فضيلة الاستاذ الجليل الدكتور «محمد فاروق النبهان» الذي تفضل مشكورا بقبول الاشراف على هذا البحث. فقد عانى في سبيل اصلاحه وتنظيمه وتقويمه متاعب جمة. بدءا بمخططه وانتهاء بمراجعته وتصحيحه. مما تطلب منه ان يراجع كل فقرة وكل كلمة. فاليه اقدم خالص شكري وصادق مودتي واحترامي.

ويطيب لي ان انوه بالمجهود الكبير الذي بذله العالمان الجليلان الاستاذ : سعيد اعراب. والدكتور عبد السلام الهراس. هذان العالمان اللذان لا انسى فضلهما علي ما حييت. فقد منحاني من علمهما وخبرتهما وعطفهما وتشجيعهما ما كان له اعظم الاثر في نفسي. لا اجد ما اعبر به عن محبتي واحترامي لهما. الا ان اتوجه الى الله بالدعاء ان يحفظهما ويجزيهما احسن الجزاء. ولا اغفل دور الاستاذ الجليل الباحث محمد المنوني. والزميل محمد حنانا الذي اعارني الكثير من مخطوطاته الخاصة... جزاهم الله خيرا عن العلم واهله والله ولي التوفق..

المؤلف

الباب التمهيدي

في مفهوم العرف والعادة

المبحث الأول : التعريف بالعرف والعادة

الفرع الأول : التعريف اللغوي

أ ـ العرف لغة :

يطلق لفظ العرف لغة على الشيء المعروف المألوف المستحسن وللمادة معان كثيرة تحوم حول هذا المعنى العام، تختلف باختلاف تركيبها وموقعها في سياق الكلام.

ففي لسان العرب : العرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه (1).

ويطلق على كل عال مرتفع، ومن ثم أطلقوا على أوائل الرياح وأعاليها أعرافا.

والعرف بالضم : الجود، واسم ما تبذله وتعطيه، ضد النكر واسم من الاعتراف، يقال : له علي ألف عرفا : أي اعترافا (2) كما يطلق على شعر عنق الفرس، وعرف الديك (3) وطارالقطا عرفا عرفا : طار بعضها خلف بعض، ويطلق على موج البحر.

---

1) لسان العرب : 9 / 239.

2) لسان العرب : 9 / 238 وتاج العروس : 6 / 193.

3) لسان العرب : 9 / 238.

وأصحاب الأعراف : قيل : هم الملائكة يعرفون أهل الجنة وأهل النار، وقيل : هم الأنبياء..

والأعراف : سورة من سور القرآن الكريم، سميت بذلك لورود لفظة «الأعراف» فيها. والعريف هو القيم على أمور القبيلة أو الجماعة من الناس يلي أمورهم، والعرافة عمله وعرفاء القوم : رؤساؤهم، ومنه حديث طاووس (3) أنه سأل ا بن عباس (4) رضي الله عنهما، ما معنى قول الناس أهل القرآن عرفاء أهل الجنة ؟ فقال : رؤساء أهل الجنة (5).

وان فتحت عينه صار بمعنى الريح الطيبة، وفي الحديث : «من فعل كذا لم يجد عرف الجنة.. أي ريحها الطيبة (6)، ومنه حديث علي (7)» حبذا أرض الكوفة أرض سواء سهلة معروفة أي طيبة العرف (8).

وان كسرت صارت بمعنى الصبر، كما ورد على لسان أبي دهبل الجمحي :

قل لا بن قيس أخي الرقيات   ما أحسن العرف في المصيبات

وعلى هذا الأساس يكون قد غلب وورود الكلمة فيما ارتفع من المحسات وكرم من المعاني.

والنسبة من العرف : «عرفي» والمبالغة منه عروفه، يقال : رجل عروفة بالأمور، والتاء للمبالغة (9).

---

4) أبو عبد الرحمن طاوس بن كيسان الخولاني الهمداني اليماني أحد الأعلام التابعين توفي سنة 106 هـ.

5) عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي سنة 78 هـ بالطائف.

6) لسان العرب : 9 / 238.

7) لسان العرب : 9 / 238، وتاج العروس : 6 / 192.

8) علي بن أبي طالب بن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم، المتوفى سنة 36 هـ.

9) النهاية لابن الأثير : 3 / 97 ـ ط : الخيرية.

والأعرف اسم تفضيل، والمؤنث : عرفاء وعرفية، يقال : ناقة عرفاء، إذا كانت مؤنثة تشبه الجمال (10)، واسم فاعل : معترف وعارف، ويجمع على عرفاء وأعراف.

وقد وردت كلمة العرف في القرآن الكريم بصيغة المصدر إفرادا وجمعا في قوله تعالى : «خذ العفو وامر بالعرف» (11) وفي قوله تعالى : «وعلى الأعراف رجال...» (12) وفي قوله تعالى : «والمرسلات عرفا» (13) وهي بمعنى المعروف.

وكذلك في الحديث النبوي الشريف، ومنه حديث كعب بن عجرة «جاءوا كأنهم عرف» أي يتبع بعضهم بعضا (14).

وحديث : «أهل المعروف في الدنيا أهل المعروف في الآخرة» (15) وحيث ورد لفظ العرف بمعنى المعروف في القرآن والحديث يكون اسما جامعا لكل ما عرف من طاعة الله، والتقرب إليه، والإحسان إلى الناس، وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المقبحات (16).

ب ـ العرف اصطلاحا :

أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرف بتعاريف منها : ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول (17). وبتحليلنا لهذا التعريف نستنتج العناصر التالية :

---

10) لسان العرب : 9 / 236.
11) المصدر.
12) سورة الأعراف : 199.
13) سورة الأعراف : 45.
14) المرسلات : 1.
15) النهاية لابن الأثير : 3 / 98 ـ ط : الخيرية.
16) النهاية لابن الأثير : 3 / 97.
17) نفس المصدر، ولسان العرب : 9 / 236.

1 ـ لفظ «ما» في التعريف عام يشمل العرف القولي والفعلي لأنها من صيغ العموم.

2 ـ جملة «استقر في النفوس» يخرج بها ما حصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس، فهو لا يعد عرفا.

3 ـ وعبارة «من جهة العقول» خرج بها ما استقر في النفوس من جهة الأهواء والشهوات، كتعاطي المسكرات، واعتياد كثير من أنواع الفجور، وما استقر في النفوس بسبب حادث خاص (18) أو بسبب أمر اتفاقي، أعني : من باب الصدفة (19).

4 ـ وعبارة «تلقته الطباع السليمة» يخرج بها ما أنكرته الطباع أو بعضها، فإنه نكر لا عرف (20).

مناقشة التعريـف :

يرى بعض الفقهاء أن في هذا التعريف نقصا، لكون المعرف رد العرف إلى قبول الطباع بعامة، أو الطباع السليمة واعتمد على شهادة العقول، وفي إطلاق قبول الطبائع لأمر ما، ليصبح أمرا متعارفا عليه نظر، إذ لا يعد عرفا كل ما قبلته الطباع...

---

18) يتفق مع هذا الاتجاه السيد الجرجاني الذي عرفه بأنه «ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول» التعريفات ص : 80 ط : تونس وتنظر التعاريف الأخرى في المصادر التالية :
- الضياء اللامع : 3 / 157 ط. على هامش نشر البنود.
- شرح المجلة لعلي حيدر : 1 / 40.
- سلم الوصول ص : 317.
- علم أصول الفقه لخلاف ص : 99.
تيسير أصول الفقه ص : 109، وأصول الفقه لشلبي ص : 313 والمدخل الفقهي العام للزرقا : 2 / 828...

19) مثلوا لهذا النوع بفساد الألسنة الناشيء عن اختلاط العرب بالأعاجم ابان الفتوحات الإسلامية. انظر : العرف والعادة للشيخ أحمد فهمي أبي سنة ص : 9.

20) كتفاؤل قوم من بعض الأعمال لاقترانها مصادفة بنفع لهم، فدعاهم ذلك إلى تعارف فعلها أو العكس. المصدر السابق.

وفي تحديد «السليمة» نظر أيضا، إذ أنه يحتاج إلى جهة تميز بين السليم منها وغير السليم، والحسن والقبيح ولا جهة تعين ذلك إلا الشرع، أو العقل عند من يقول بتحسين ما حسنه، وتقبيح ما قبحه، إذ العقل متفاوت بين الأفراد كما أن الإدراك يتأثر بحسب الأزمنة والأمكنة، مما ينتج عنه اختلاف الأعراف، فلم يبق بعد ذلك إلا تحديد من قبل الشرع. وإذا جعلنا الشرع محددا، فسيكون التعريف مقتصرا على العرف الصحيح، ولا يشمل الأعراف الفاسدة، لأن الشرع قبحها، ولا تقبلها الطباع والعقول السليمة إلا إذا أريد بالتعريف شمول جميع الأعراف صحيحة كانت أو فاسدة، اتفق عليها الجميع أو فئة من الناس (21).

وكيفما كانت صيغة التعريف، والملاحظات التي انصبت عليه، فإنه يفيد أن العرف كما يجرى في الأقوال يجرى في الأفعال التعاملية، بمقتضى صيغة العموم الواردة فيه قائما في ذلك على استقرار الأمر في النفوس، وقبول الطباع السليمة له، فمتى توافر ذلك، فقد وجدت حقيقة العرف ولكن اعتباره عند الفقهاء مشروط بشروط سنبينها فيما بعد.

وسبب اقتصار الفقهاء في معنى العرف على ما كان مصدره العقل دون أن يعمموا ذلك، أن الفقهاء يبحثون عن العرف من حيث إنه قاعدة تبنى عليها الأحكام العملية، بخلاف غيرهم - من الاجتماعيين مثلا - فهم يبحثون عنه من حيث تأثيره في الجماعة، ولذلك اطلقوا العرف على كل

---

21) انظر : العرف والعادة ص : 8.

ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضا سواء أكان مصدره العقل، أم الفريزة، أم مجرد الصدفة والاتفاق، وهو من مشمولات التعريف اللغوي للعرف (22).

ونحن نرى بعد كل هذا، أن يزاد في التعريف عنصر جوهري وهو : «عدم مخالفته للنص الشرعي، فيصير التعريف هكذا : ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، بشرط أن لا يخالف نصا شرعيا (23) وفائدة زيادة هذا الشرط : هو خروج العرف الفاسد لأن العقل في التعريف لا يتضمن هذا الشرط بالضرورة إذ العقل ليس مقياسا سليما لإدراك الخير والشر فكثير من الأشياء تبدو للعقل صالحة، وهي في الواقع ليست كذلك، إذ هي معرضة لحكم الخطأ، وقبول الغلط، وإنما الذي يعصمها من الوقوع فيهما هو الشرع..

الفرع الثاني : التعريف بالعادة

أ ـ العادة لغة :

عرف في «التاج» العادة بأنها تكرار الشيء دائما أو غالبا على نهج

22) ولذلك عدل بعض المتأخرين عن هذا التعريف إلى تعريف آخر رآه صوابا فقال : «انه ما اعتاده الناس وساروا عليه في شؤون حياتهم» نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط ص : 24.
إلا أن هذا التعريف يرد عليه ما يرد على التعريف الأول من القصور، فإذا كان التعريف الأول يرد عليه أخذه بشهادة العقول وتلقى الطباع له بالقبول في مفهومه مع أن الأعراف تتفاوت وتختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة فإن التعريف الثاني يلاحظ عليه سكوته عن الأعراف الفاسدة، فهو غير مانع لها، مع أن الفقهاء جميعا عندما يتعرضون للعرف يقسمونه إلى صحيح وفاسد، والشأن في التعريف أن يكون جامعا مانعا.

23) انظر : العرف والعادة ص : 10.

واحد، بدون علاقة عقلية، أو هي ما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة (24).

وهي في «اللسان بمعنى الديدان (25) سميت بذلك من العود أي الرجوع، لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد أخرى (26).

وتعود الشيء وعاده وعاوده معاودة وعوادا واعتاده واستعاده وأعاده : أي صار عادة له (27).

وعودته كذا فاعتاده وتعوده، صيرته له عادة (28) والجمع عاد وعادات (29).

وتجمع أيضا على عوائد كحوائج (30).

والذي صرح به الزمخشري (31) وغيره، أن العوائد جمع عائدة لاعادة (32).

وتطلق العادة ويراد بها السنة، كما ورد على لسان شريح (33) عندما اختصم إليه بائعو المغزولات . فقال لهم : سنتكم بينكم، يعني جائزة بينكم في معاملاتكم (34).

---

24) لعل تعريف ابن ظفر للعرف يقترب من هذا التعريف فقد عرفه بقوله : «ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشرع عليه» ـ الضياء اللامع 3 / 157 على هامش نشر البنود.

25) تاج العروس : 2 / 439.

26) لسان العرب : 3 / 316.

27) المصباح : 2 / 39 وتاج العروس : 2 / 439.

28) لسان العرب : 3 / 326.

29) المصباح : 2 / 39.

30) لسان العرب : 3 / 316.

31) المصباح : 2 / 39.

32) أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري المفسر النحوي اللغوي المتوفى سنة 538 هـ

33) أساس البلاغة : 2 / 146.

34) أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر بن الرائش ابن الحارث بن معاوية بن ثور الكندي أعلم الناس بالقضاء توفي عام 80 هـ وقيل غير ذلك انظر وفيات الأعيان : 2 / 460 تحقيق د. إحسان عباس.

وكل هذه التعاريف ترجع إلى الأعمال المتكررة التي يألفها الإنسان والحيوان اجمالا وافرادا، ناظرين في ذلك إلى تكرار الفعل والانفعال حتى يصير سهلا تعاطيه كالطبع، ومن ثم قيل : «العادة طبيعة ثانية».

ب ـ العادة اصطلاحا :

وفي عرف الفقهاء الأصوليين «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية» (35).

«فالأمر» في التعريف شامل للعادة القولية والفعلية على سواء، و«المتكرر» يفهم منه حصول الشيء المكرر مرة بعد مرة، وبه يخرج ما حصل مرة واحدة، أو نادرا فإن ذلك لا تثبت به عادة، ولا يبنى عليه حكم، وإن ثبت في بعض المواضع فلمقتضى خاص..

ويخرج من قول التعريف «من غير علاقة عقلية» ما كان عنها، كتكرار حدوث الأثر مع المؤثر بعلاقة العلية. وتأسيسا على هذا، يصير التعريف عاما يشمل كل متكرر، قولا كان أو فعلا، صدر عن الفرد أو الجماعة سواء كانت ناشئة عن سبب طبيعي كسرعة البلوغ في البلاد الحارة، وبطئها في البلاد الباردة، أم كانت ناشئة عن الأهواء والشهوات أو فساد الأخلاق أو بسبب حادث خاص.

وكل هذه الحالات شهدت بها استعمالات الفقهاء، وبنيت عليها الأحكام، وراعاها المجتهد في الاستنباط، والمفتي في الافتاء عما يعرض له من الأحداث..

---

35) إرشاد الساري : 4 / 95.

وعرفها القرافي بأنها «غلبة معنى من المعاني على الناس» (36) إلا أن تعريف القرافي (37) هذا يرد عليه كونه غير جامع لأنه لا يشمل عادة الفرد.

وأدق منه تعريف ابن فرحون (38) وهو : «غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها» (39) لأنه شامل للعادة العامة والخاصة.

وعرفت بتعاريف أخرى أقل دقة من التعاريف التي قدمناها (40) فهناك من قصرها على ما يتناول العرف العملي فقط. أى ما جرى عليه عمل الناس دون الأقوال. وقصرهم التعريف على العادة العملية لا وجه له. لأن الفقهاء قديما وحديثا عمموا العادة فيهما معا.

المبحث الثاني : النسبة بين العرف والعادة

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العادة والعرف بمعنى واحد (41) بينما يذهب الآخرون إلى التفرقة بينهما...

وقد اتضح من خلال التعاريف لكل منهما أن بينهما تشابها يكاد يكون تاما. ويؤيد وجهة نظر أغلب الفقهاء والأصوليين.

---

36) شرح التحرير لابن أمير حاج : 2 / 769.

37) شرح تنقيح الفصول ص : 448.

38) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس القرافي الصنهاجي المصري حافظ المذهب توفي سنة 684 هـ.

39) برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون قاضي المدينة. توفي في ذي الحجة سنة 779 هـ.

40) التبصرة : 2 / 57 على هامش فتاوي عليش.

41) منها تعريف السيد الجرجاني «ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد مرة التعريفات ص : 80 ط. تونس..

والذين يذهبون إلى التفرقة بينهما يجعلون العادة أعم من العرف، باعتبار أن العادة «جنس» يندرج تحته أنواع من جملتها العرف، لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي، كسرعة البلوغ في البلاد الحارة وبطئه في البلاد الباردة..

والعادة الفردية كأن يعتاد شخص ما حالة معينة وعادة الجمهور التي هي العرف.

وعلى هذا تكون العلاقة بينهما هي العموم والخصوص، فكل عرف عادة، وليست كل عادة عرفا.

وقال صاحب «التلويح» إن «العادة تختص بالأفعال، والعرف بالأقوال» (42).

وفقهاء القانون يفرقون بين النوعين بالفروق الآتية :

1 ـ ان أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كانا يجهلانه، أما العادة، فلا تلزمهما إلا إذا قصدا الإحالة عليها صراحة أو دلالة.

2 ـ على من يريد التمسك بالعادة أن يثبتها بخلاف العرف، فلا محل لإثباته، إذ أن معرفته كمعرفة القانون المفروض، من مهمة القاضي.

3 ـ يجب على القاضي أن يراعي العرف حتما، وإلا تعرض حكمه لرقابة من طرف سلطة أعلى منه، بخلاف العادة التي لا تخرج عن أن تكون واقعة يكيف القاضي الحكم معها، ولا تثير لديه أكبر اهتمام.

4 ـ للحاكم أن يطبق العرف من تلقاء نفسه، أما العادة فيجب على صاحب القضية أن يتمسك بها.

42) تاج العروس : 2 / 439.

5 ـ العرف التجاري قد يلغي القانون ولو كان متعلقا بنص آمر لا يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية، ولا يمكن أن يكون للعادات مثل هذا الأثر، إذ أن مهمتها قاصرة على تفسير وتكميل نية المتعاقدين غير الظاهرة، فلا يتصور أن يكون لإرادتهما غير الظاهرة من الأثر أكثر مما لإرادتهما الصريحة التي لا تستطيع الخروج عن النص الآمر حتى ولو لم يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية (43) غير أن هذه التفرقة بين العرف والعادة لا يمكن أن نفهم منها أن بينهما انفصالا تاما، فإذا كان البعض يقول بوجوب هذه التفرقة، فهو لا يلغي العلاقة الوثيقة بينهما، بل يعتبرهما متداخلين، إذ كثيرا ما تتحول العادة إلى عرف، بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة في محيط معين، وبعد ذلك يزداد انتشارها في هذا المحيط إلى حد أن يفترض وجودها في كل تعاقد، وعندئذ تقترب من العرف، لتصير قاعدة عامة مجردة، محتوية على عنصر الإلزام، وتصبح كالقانون المكتوب سواء بسواء (44) وإلى هذا الرأي ذهب المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة، إذ يرى أن العرف هو الأثر الذي تتفق عليه الجماعة من الناس في مجاري حياتها، والعادة هي العمل المتكرر من الآحاد والجماعات.

وإذا اعتادت الجماعة أمرا صار عرفا لها، فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى، وإن اختلف مفهومهما، فهما يتلاقيان فيما يختص بالجماعات (45) ونستطيع أن نقول : إن قواعد العرف تلزم الناس ولو كانوا يجهلونه، لأن الأصل فيه أنه لا يعذر أحد بجهله للقانون، والناس

43) التلويح : 1 / 175.

44) أصول القانون للدكتور السنهوري وأبي ستيت ص : 92 ـ 93.

45) نفس المصدر.

ليسوا ملزمين بإثبات وجود العرف أمام القضاء، لأنه كالتشريع والقاضي ملزم بمعرفة القانون تشريعات كانت أم أعرافا غير أن التشريع يرد في نصوص مكتوبة واضحة في الغالب ويرد في مدونات يسهل الرجوع إليها بخلاف العرف فهو سير الناس على نهج معين، وهو معنى يستقر في النفوس وغالبا ما يصطبغ بالصبغة المحلية، وبسبب ذلك جرت عادة الخصوم أن يقوموا بإثبات الأعراف، فإن كان العرف طائفيا يخص مهنة من المهن، فإن القاضي يمكن أن يرجع إلى الخبراء لاستشارتهم في ذلك (46).

أما العادة، فإنها لا تلزم الأفراد إلا إذا أرادوها صراحة لأنها شرط من شروط اتفاقهم (47).

وعلى هذا تكون العادة قاصرة عن العرف، فبينما يلزم لقيام العرف توافر الركنين : المادي والمعنوي، يكفي العادة أن تقوم متى توافر الركن المكون للعرف فقط، دون الركن المعنوي.

وهذا هو الشأن بالنسبة للعادات التي تتعلق بالزيارات وتقديم الهدايا في الأعياد والمناسبات السارة، وما جرت عليه التقاليد بين الناس من حيث الملبس في المناسبات المختلفة إلى غير ذلك...

كل هذه العادات التي تجرى بها التقاليد في المجتمعات لا ترقى إلى مستوى القواعد القانونية، وليست لها صفة الإلزام، ومن العادات ما يتصل بالعلاقات القانونية بين الأفراد، وهي ما تسمى بالعادات الاتفاقية

---

46) كتاب مالك ص : 420.

47) المدخل لدراسة القانون لميكو ص : 339.

بين الأفراد وهذه العادات الاتفاقية قد تكون عادات مهنية، أي خاصة بمهنة من المهن (48).

ومن أمثلة هذه العادات الاتفاقية : ما جرى عليه التعامل بين الأفراد في حالة بيع بعض أنواع الفاكهة على أساس المائة. فقد اختلفت العادة بالنسبة لما يباع على أنه مائة.

ففي بعض الجهات تباع مائة فقط، وفي بعض الجهات الأخرى تكون المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين أو ثلاثين (49).

وكذلك ما جرت به العادة من أنه إذا قامت شركة بين شخصين وقدم أحدهما رأس المال، وقدم الثاني العمل فقط، فإن الأرباح توزع بينهما على أساس الثلثين للأول والثلث للثاني (50).

والعادة الاتفاقية لا تلزم الأفراد، إلا إذا اتفقوا عليها وانصرفت إرادتهم إلى التقيد بها، ذلك أن العادة تنشأ إذا توافر الركن المادي فقط للعرف كما سبق، ومن المتصور أنه إذا بلغت درجة تجعلها تولد في أذهان الناس الشعور بضرورة إلزامها، فإنها في هذه الحالة الأخيرة تتحول إلى عرف، لتوافر العنصر المعنوي وإذا كانت العادة غير ملزمة للأفراد من تلقاء نفسها، وإنما تلزمهم فقط إذا ما اتفقوا فيما بينهم على اتباع حكمها، فإن تطبيقها في هذه الحالة لا يكون على اعتبار أنها قاعدة قانونية، بل يأتي من اتفاق الأفراد فيما بينهم على اتباعها باعتبارها شرطا من شروط

---

48) نفس المصدر.

49) انظر المدخل للعلوم القانونية للدكتور حسن فرج ص : 134.

50) الأحكام للقرافي ص : 69 ومن الجدير بالذكر أن هذا البيع لا يزال مستعملا عند المغاربة في بعض الجهات وأكثر ما يكون في بيع الجوز...

الاتفاق وهذا بخلاف العرف، فإن الأفراد ملزمون به باعتباره قاعدة قانونية.

على أنه إذا كانت العادة الاتفاقية لا يعمل بها إلا إذا رضي بها الأفراد صراحة أو ضمنا باعتبارها شرطا في الاتفاق فما الحكم إذا أحال عليها المشرع نفسه بالنص ؟ في هذه الحالة يترتب على إحالة المشرع إلى العادة أن تصبح العادة المحال إليها واجبة الاتباع، فتطبق حتى ولو لم تتجه إرادة المتعاقدين إليها، ولا ينبغي استبعاد حكمها إلا إذا اتفق الأفراد على خلاف ما تقتضيه، أي أنها تصبح كالقاعدة القانونية المكملة (51) وعلى هذا الفهم سار الأستاذ علال الفاسي، فهو يفرق بين العرف والعادة بما لا يخالف ما ذكرناه فيقول : «يطلق العرف في العصر الحديث على مجموعة القواعد التي تنشأ من مضي الناس عليها يتوارثونها خلفا عن سلف بشرط أن يكون لها جزاء قانوني كالتشريع سواء بسواء، أما العادات الاتفاقية فتصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة بذاتها كالعرف وإنما تكون ملزمة إذا اتفق عليها المتعاقدان صراحة أو ضمنا» (52).

ويطلق الأستاذ على حسب الله العادة على ما اعتاده كل إنسان في خاصة نفسه، وعلى ما اعتادته الجماعة، وهو ما يسمى بالعرف، فالعرف عادة الجماعة، وهو أخص من العادة (53) فالعادة على هذا الاعتبار أعم من العرف، وتكون النسبة بينهما هي العموم والخصوص كما قدمنا.

---

(51) انظر المدخل للعلوم القانونية للدكتور حسن فرج ص : 135..

(52) مقاصد الشريعة الإسلامية ص : 153.

(53) اصول التشريع الاسلامي ص : 311.

وهذه التفرقة هي التي تمضي عليها القوانين الغربية التي اصطلحت على تسمية الركن المعنوي للعرف : بركن الاعتقاد بلزوم العادة، وهو ما يميز العادات التي أصبحت عرفا، والعادات التي لا تزال في طور الاستعمال المتوارث دون إلزام (54).

وتترتب على هذه التفرقة بين العرف والعادة النتائج الآتية :

1 ـ بالنسبة للعرف يفترض في القاضي العلم به، لأنه قانون ومن واجب القاضي أن يكون ملما بالقوانين، فهو الملزم بالبحث عنه وإثباته، لا الخصوم، بخلاف العادة فلا يفترض في القاضي العلم بها، لأنها ليست قاعدة قانونية، ولذلك لا يطبقها من تلقاء نفسه، بل يتعين على الخصوم إثباتها وأنهم قصدوا اتباعها، وتصبح بالنسبة للقاضي كالشرط المتفق عليه من لدن الخصوم.

2 ـ القواعد العرفية تلزم الأفراد سواء علموا بها أم لم يعلموا، لأن العرف قانون ولا يعذر أحد بجهل القانون طبقا للقاعدة.
أما العادة فهي لا تطبق إلا إذا قصد المتعاقدان اتباعها وهنا يفترض العلم بها، بحيث لو جهلها أحد الطرفين لا تطبق.

3 ـ وحيث كان العرف قانونا فإن القاضي في تطبيقه له يخضع لرقابة من هو أعلى منه، ويعتبر حكمه قابلا للنظر فيه، من حيث الخطأ والصواب، بخلاف العادة، فهي لا تعدو أن تكون مجرد واقعة من الوقائع،

---

54) مقاصد الشريعة الاسلامية لعلال الفاسي ص 152.

يرجع القول الفصل فيها للقاضي ولا تخضع لرقابة من هو أعلى منه درجة.

هذه هي التفرقة بين العرف والعادة وما ترتب عليها من نتائج في نظر القانونيين ومن شايعهم من فقهاء الشريعة الإسلامية أما الفقهاء المغاربة، فلم يفرقوا بينهما، وإنما فرقوا بين العادات الشرعية، وهي ما أقرها الدليل الشرعي أو نفاها و بين العادات الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي (55).

فأما الأولى : فهي تابعة لدليلها الشرعي، وأما الثانية فقد تكون ثابتة، وقد تتبدل، ومع ذلك فهي من أسباب الأحكام تترتب عليها...

فالثابتة : كشهوة الطعام والشراب والنظر والكلام والمشي وأشباه ذلك...

والمتغيرة : هي التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال كهيئة اللباس والمسكن، والبطء والسرعة في الأمور ونحو ذلك (56) فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك. ففيها ما يختلف في التعبير عن المقاصد. فتنصرف العبارة عن معنى إلى عبارة أخرى، ومنها ما يختلف في المعاملات ونحوها كما إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول أو في بيع معين أن يكون بالنقد لا بالنسيئة أو بالعكس...

55) مقاصد الشريعة الإسلامية ص : 152.
56) الضياء اللامع : 2 / 48. والموافقات 2 / 220.

والاختلاف في العوائد ـ كما يقول الإمام «الشاطبي» (57) ليس اختلافا في أصل الخطاب الشرعي، وإنما هو اختلاف في رجوع كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها (58).

ونحن في هذه الدراسة سنسير على عدم التفرقة بينهما، فنطلق كلا منهما على الآخر، اقتداء بمنهج علماء المالكية فيما درجوا عليه في إطلاقهم عليهما (59).

---

57) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشهير بالشاطبي فقيه أصولي نظار، مفسر محدث لغوي توفي في شعبان سنة 790 هـ.

58) الموافقات : 2 / 285 تحقيق الشيخ عبد الله دراز.

59) انظر المعيار 3 / 238 ـ 257 وازالة الدلسة للشيخ التماق (مخطوط) ومقاصد الشريعة لعلال الفاسي ص 151.

القسم الأول
العرف

الباب الأول

العرف كمصدر للتشريع

الفصل الأول
الأدلة الشرعية لتحكيم العرف

المبحث الأول : النصـــــوص

أ ـ القرآن الكريـــم :

استدل الفقهاء على اعتبار العرف وحجيته بقوله تعالى : «خذ العفو وامر بالعرف» (1).

ومن الذين استدلوا بهذه الآية، الإمام «القرافي» في كتابه «الفروق» (2) وقد بنى استدلاله هذا بناء على أن المراد بالعرف في الآية : عادات الناس وما جرى تعاملهم به،فحيث أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر، دل على اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر به فائدة.

مناقشة الدليـــل : سبق أن عرفنا العرف الشرعي «بما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول».

فعلينا أن نعلم أن العرف المستدل على اعتباره، هو هذه العاد المستقرة في النفوس، المعروفة من جهة العقل، سواء عضده الشرع أم لا.

والآية المستدل بها، إنما تدل على اعتباره، إذا كان العرف الوارد فيها مفسرا بهذا المعنى، أو ما يستلزمه.

1) الأعراف : 199.

2) 3 / 149.

ومن المعروف، أن لفظ العرف في القرآن اختلف في معناه عا أقوال كثيرة. فقد ذهب «السدى» (3) إلى أن المراد بالعرف في الآ ية هو : شرائع الأنبياء السابقين، ما لم يحدث الله نسخا.

قال الله تعالى : «فبهداهم اقتده» (4).

وقال «الضحاك» (5) : هي العوائد الجارية في الأمصار الجامعة.ما لم تخالف قاطعا محكما (6).

وذهب بعضهم إلى أن المراد بالعرف : كل ما هو من الدين. سواء عرف حسنه بالعقل أم لم يعرف إلا من الشرع. وبهذا صرح «الألوسي»

(7) إذ فسر العرف بالمعروف المستحسن من الأفعال. لأن ذلك أقرب إلى قبول الناس من غير نكير (8).

وروى البخارى (9) عن عبد الله بن الزبير (10) قال : «ما أنزل ا هذه الآ ية إلا في أخلاق الناس (11).

---

(3) اسماعيل بن عبد الرحمان الكوفي الاعور المفسر والمراد به هنا السدي الاكبر توفي سنة 127 هـ.

(4) الأنعام : 89.

(5) هو الضحاك بن مزاحم الهلالي المفسر، قال الحافظ في التقريب صدوق كثير الإرسال، انظر ميزان الاعتدال 2 / 325، وتهذيب التهذيب 4 / 453.

(6) انظر كتاب البادية لمحمد المامي ص : 71

(7) شهاب الدين محمود أفندي الألوسي صاحب تفسير «روح المعاني» المتوفى سنة 1270 هـ

(8) انظر روح المعاني : 9 / 130.

(9) أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري إمام المحدثين، صاحب الصحيح المتوفى سنة 256 هـ

(10) أبو خبيب عبد الله بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد، بن عبد العزى المتوفى سنة 73 هـ

(11) انظر صحيح البخاري : 6 / 61 كتاب التفسير.

وروى «ابن جرير الطبرى» (12) عن سفيان بن عيينة (13) عن الشعبي (14) أنه لما نزلت هذه الآية. قال النبي صلى الله عليه وسلم : ما هذا يا جبريل ؟ قال : الله سبحانه وتعالى يأمرك أن تعفو عمن ظلمك، وتعطي من حرمك، وتصل من قطعك (15).

ويرى «الطبرى» أن الصواب في قول ذلك. أن يقال، إن الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر الناس بالعرف وهو المعروف في كلام العرب، مصدر في معنى المعروف يقال : أوليته عرفا وعارفا وعارفة. كل ذلك بمعنى المعروف فإذا كان معنى العرف ذلك. فمن المعروف صلة رحم من قطع، واعطاء من حرم، والعفو عمن ظلم، وكل ما أمر الله به من الأعمال، أو ندب إليه. فهو من العرف (16).

وفسر صاحب تفسير «لباب التأويل» العرف بكل ما أمر الله به وهو كل ما عرف بالوحي من الله عز وجل وكل ما يعرفه الشارع (17).

وفي «جامع أحكام القرآن» للقرطبي (18) : أن المراد بالعرف في الآية : كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس (19).

12) أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري فقيه محدث مفسر، توفي سنة 310 هـ

13) أبو محمد سفيان بن عيينة الهلالي من كبار الحفاظ الثقات قال الشافعي لولا مالك وسفيان لذهب علم الحجاز، توفي سنة 190 هـ

14) أبو عمر وعامر بن شراحيل بن عبد بن ذى كبار الشعبي الكوفي أحد كبار فقهاء التابعين، المتوفى سنة 105 هـ

15) انظر جامع البيان : 9 / 155.

16) نفس المصدر : 9 / 156.

17) لباب التأويل : 2 / 158.

18) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي المتوفى سنة 671 هـ

19) انظر الجامع لأحكام القرآن : 7 / 346.

وفسر «عطاء» (20) العرف، بلا اله إلا الله (21).

وفسر «أبو حيان» (22) العرف بالمعروف والجميل من الأفعال والأقوال (23) وقال «ابن جزي» (24) في «التسهيل» : هو فعل الخير، وقيل الجارى بين الناس من العوائد، واحتج المالكية بذلك على الحكم بالعوائد (25).

وفسر «الثعالبي» (26) العرف بتقوى الله وطاعته وصلة الرحم، وصون الجوارح عن المحرمات، وسمي هذا ونحوه عرفا، لأن كل نفس تعرفه وتركن إليه (27).

وذكر «ابن العربي» (28) في الآية : أربعة أقوال، وبعد أن استعرضها خلص إلى القول بأن المراد بالعرف في الآية : هو ما عرف حكمه، واستقر في الشريعة موضعه، واتفقت القلوب على علمه وعمله (29).

---

20) عطاء بن أبي رباح بن صفوان مولى بني فهر، من أجلاء التابعين وزهادهم المتوفى سنة 115 هـ.

21) انظر الجامع لأحكام القرآن : 7 / 346.

22) أبو عبد الله محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الأندلسي الغرناطي الجياني الشهير بأبي حيان المتوفى سنة 754 هـ

24) أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي ، فقيه محدث أصولي توفي شهيدا في واقعة طريف عام : 741 هـ

25) انظر التسهيل لعلوم التنزيل : 2 / 58.

26) أبو زيد عبد الرحمن بن محمد بن مخلوف الثعالبي (786 ـ 875 هـ).

27) الجواهر الحسان : 2 / 75.

28) القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد ابن العربي المعافري، الإمام الحافظ، المتوفى سنة 543 هـ

29) أحكام القرآن : 2 / 825 تحقيق البجاوي.

وفي «أحكام القرآن» «للجصاص» (30) أنه ما حسن في العقل فعله، ولم يكن منكرا عند ذوى العقول الصحيحة (31).

وجاء في تفسير المنار، أن العرف في الآية يثبت لنا أن العرف أو المعروف، أحد الأركان للآداب الدينية، والتشريع الإسلامي، وهو مبني على اعتبار عادات الأمة الحسنة، وما تتواطأ عليه من الأمور النافعة (32)..

وهناك أقوال أخرى في المراد بالآية، يرى بعض الباحثين أنها - على حسب ظاهرها - لا تدل على المراد، من كون العرف في الآية بمعنى العادة، لأن الآية، إن حملت على التخصيص بشيء مما ذكر، كانت المغايرة ظاهرة، وكذا إن حملت على المعنى الظاهر، لأن العادات التي تعامل بها الناس، وعرفوها من جهة العقل، ليست عين ما عرف أنه من الدين، ولا يستلزمها، وعلى هذا يرى أن الآية لا تدل على المراد المطلوب (33).

وببطلان الاحتجاج بالآية، صرح المحدث عبد السلام الناصرى الدرعي، إذ يرى الاحتجاج بالآية ضعيف جدا، أو باطل (34) وصرح أبو عبد الله المقرى (35) بأن الاستدلال بالآية ليس بالقوى من حيث إن العرف ينازع الخصم في تفسيره، ووافقه في الرد أيضا العلامة «الفرياني

---

30) أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص البغدادي، فقيه أصولي مفسر المتوفى سنة 370 هـ.
31) 3 / 47.
32) 4 / 492.
33) انظر العرف والعادة للشيخ أحمد فهمي أبي سنة ص : 25.
34) انظر تبليغ الأمانة ص : 10.
35) القاضي أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري التلمساني المتوفى سنة 759.

الطرابلسي» (36) ذاهبا إلى أن الاستدلال بالآية ليس بحسن، لأن المراد بالعرف فيها : المعروف الذي هو ضد المنكر، والمعروف الذي معناه : الصدقة والإحسان (37).

وإلى هذا الرأي ذهب «الرياحي» (38) موضحا مقصود «القرافي» - في استدلاله بآية الأعراف - : العرف الذى يخصص العام، ويقيد المطلق...» (39).

واستدل «الكتاني» (40) على أن العرف في الآية غير الأعراف والعوائد بسياق الآية، وهو قوله تعالى إثر ما ذكر «وأعرض عن الجاهلين» (41) فإن السياق - على رأيه - يدل على أن الجاهل الغمر، لا اعتبار بقوله ولا بفعله، ولا بما اجراه وعرف عنه (42).. فعلى رأى هؤلاء الذين يرون عدم الاستدلال بالآية، يكون الدليل غير تام، فلا بد من الاستدلال عليه من وجه آخر..

ب - السنة النبوية :

استدل العلماء على الاحتجاج بالعرف من السنة، بما أخرجه الإمام «أحمد» (43) في «مسنده» قال : حدثنا عبد الله، حدثني أبي، حدثنا أبو

---

36) أبو عبد الله محمد بن علي الغرياني الطرابلسي التونسي عالمها وصالحها المتوفى سنة 1195 هـ
37) انظر تبليغ الأمانة ص : 10.
38) أبو إسحاق إبراهيم بن عبد القادر بن إبراهيم الرياحي التونسي المتوفي سنة 1266 هـ
39) انظر تبليغ الأمانة ص : 11.
40) الشيخ المسند محمد عبد الحي بن عبد الكبير الكتاني الحسني الفاسي.
41) الأعراف : 199.
42) تبليغ الأمانة ص : 11.
43) الإمام المحدث جبل السنة أحمد بن حنبل المتوفى سنة 241 هـ

بكر، حدثنا عاصم، عن زر بن حبيش، عن عبد الله بن مسعود (44) قال : «ان الله نظر في قلوب العباد فاصطفاه لنفسه. فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه، فما رأى المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئا، فهو عند الله سيء» (45)..

ووجه الاستدلال بهذا الحديث لاعتبار العرف، أنه إذا كان كل ما رآه المسلمون مستحسنا قد حكم بحسنه عند الله فهو حق لا باطل فيه، لأن الله لا يحكم بحسن الباطل، فإذا كان العرف من افراد ما استحسن المسلمون كان محكوما بحقيقته واعتباره (46).

مناقشة الدليـــل :

لم يسلم هذا الدليل أيضا من المناقشة، فقد طعن في رفعه، كما طعن في دلالته على المطلوب..

أما من حيث رفعه، فقد صرح «العلائي» (47) بأنه لم يجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف، بعد طول البحث، وكثرة الكشف والسوال، وإنما هو من قول ابن مسعود (48).

---

44) الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود الهذلي أحد السابقين والقراء والفقهاء توفي سنة 32 هـ.

45) مسند الامام احمد 1 / 379 ط : الميمنة.

46) العرف والعادة ص : 24.

47) أبو سعيد خليل بن كيكلدى بن عبد الله العلائي الدمشقي المتوفى سنة 761 هـ

48) الأشباه والنظائر للسيوطي ص : 63 والأشباه والنظائر لابن نجيم ص : 93 ونشر العرف لابن عابدين ص : 2 مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 602 د.

وصرح «الزيلعي» (49) بأن الحديث غريب مرفوعا (50).

وجزم ابن «حزم» (51) بأن الحديث لا يوجد البتة في مسند صحيح، «وإنما نعرفه عن ابن مسعود» (52).

وذكر الشيخ عبد الحي الكتاني أن هذا الحديث لا يصح أصلا، وذلك من وجهين :

أ - أن ما ذكره (يقصد ابن نجيم) من كون الإمام أحمد أخرجه في مسنده وهم، وإنما خرجه في كتاب السنة له.

قال الحافظ السخاوى (53) في «المقاصد» ووهم من عزاه للمسند.

ب - ان سياقه عند أحمد في كتاب السنة قاض بالمراد، فانه أخرجه من طريق أبي وائل عن ابن مسعود..

فسياق كلام ابن مسعود يفيد أن المراد بالمسلمين الصحابة وأئمة السلف والخلف من أهل الحل والعقد والغيرة على الاسلام والمسلمين، والاطلاع على مقاصد التشريع (54).

---

49) جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي المتوفى سنة 762 هـ.

50) نصب الراية : 4 / 133 وفي «تمييز الطيب من الخبيث ص : 141 لابن الديبع أن الحديث رواه أحمد في كتاب السنة لا المسند مصرحا بحسنه وأفاد ابن الديبع أن الحديث أخرجه البزار والطيالسي والطبراني وأبو نعيم في الحيلة، في ترجمة ابن مسعود.

51) أبو محمد علي بن أحمد الظاهري الإمام المجتهد صاحب التآليف الكثيرة المتوفى سنة 456 هـ.

52) الأحكام في أصول الأحكام مجلد 2 / 759.

53) الإمام الحافظ الناقد أبو الخير شمس الدين محمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي القاهري.

54) تبليغ الأمانة ص : 15.

أما من حيث دلالته على المراد : **فإن المراد بالمسلمين في الحديث هم المجتهدون لا مطلق العوام بدليل كلمة «رآه» في** الحديث.

ذلك أن الرأي في عرف الصحابة : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لوجه الصواب، مما تتعارض فيه الامارات، وذلك كالاستنباط من طريق القياس، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، وهذا لا يكون إلا لمن وصل درجة الاجتهاد.

ثم إن لفظة «المسلمين» في الحديث بصيغتها العامة، شاملة لجميع المسلمين، وعلى هذا يكون الحديث واردا في اجماع أهل الحل والعقد، لأن ما رآه أهل الاجماع يكون عند الله حسنا وحقا وحجة، وبهذا صرح الآمدى (55) قائلا «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» اشارة إلى اجماع المسلمين، والاجماع حجة، ولا يكون إلا عن دليل، وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسنا يكون حسنا عند الله، وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسنا، فهو حسن عند الله وهو ممتنع» (56).

ومثل هذا الكلام ورد في الاعتصام (57).

أدلة أخرى أغفلها المستدلون على العرف :

تبين من خلال هذه المناقشة، سقوط الاستدلال بالآية والحديث على اعتبار العرف وحجيته، كما يرى المعارضون.

---

55) سيف الدين الآمدي علي بن أبي علي صاحب الأحكام المتوفي سنة 631 هـ.
56) الأحكام : 3 / 138.
57) 2 / 130.

وهذا الرأي قابل للمناقشة.... فإن آية الأعراف «خذ العفو وامر بالعرف» وحديث «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» (8) حتى لو لم يدلا بظاهرهما على المراد، فهما يصلحان دليلين للاحتجاج والاستدلال، ولهما ما يقويهما من الأدلة الأخرى : كتابا وسنة واجماعا ورأيا..

1 ـ فمن الآيات : قوله تعالى فيما يجب للزوجات على الأزواج من النفقة والكسوة «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف» (59) فقد قيدت الآية الانفاق بما تعارفه الناس واعتادوه.

وقوله تعالى : «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» (60) فالآية صريحة في أن الكسوة والرزق والانفاق يرجع في ذلك كله إلى المعتاد من أمر الناس.

وقوله تعالى : «وما جعل عليكم في الدين من حرج (61) لأن في معارضة المتعارف دون ضرورة مخالفة لنص أو حكم مجمع عليه. ضيقا بالناس وحرجا (62).

---

58) على أننا نرى أن هذا الحديث أصرح في الاستدلال، وما ذهب إليه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة وغيره من أن المسلمين في الحديث المراد بهم المجتهدون لا وجه له، إذ لا دليل عليه، كما لا يراد به أهل الحل والعقد فقط كما ذهب إليه الآمدي في الأحكام (3 / 138) وإنما يراد به جميع المسلمين وعامتهم إذ لا دليل على هذا التخصيص...

59) البقرة : 227.

60) البقرة : 232.

61) الحج : 37.

62) انظر المدخل للفقه الإسلامي لمدكور ص : 230.

وقوله تعالى : «**يا أيها النبيء قل لأزواجك وبناتك ونساء المومنين يدنين عليهن من جلابيبهن**» (63). إذ هذا شرع روعيت فيه عادة العرب (64).

وقوله تعالى : «**يا أيها النبيء إذا جاءك المومنات يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن أولادهن ولا يأتين ببهتان يفترينه بين أيديهن وأرجلهن ولا يعصينك في معروف**» (65).

فالآية قيدت طاعة الرسول صلى الله عليه وسلم بالمعروف في عقد مبايعته للنساء، وهو مبني على اعتبار عادات الأمة الحسنة وما اطأ عليه من الأمور النافعة ومصالحها (66).

وقوله تعالى : «**فبشر عبادى الذين يستمعون القل ل فيتبعون أحسنه**» (67).

وقوله سبحانه : «**فخذها بقوة وامر قومك يأخذوا بأحسنها**» (68) **استدل بهما العلماء على الأعراف** (69).

وقوله تعالى : «**وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت**» (70).

---

63) الأحزاب : 58.
64) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد بن الطاهر بن عاشور ص : 96.
65) الممتحنة : 11.
66) انظر : تفسير المنار : 9 / 491.
67) الزمر : 17.
68) الأعراف : 145.
69) الإمام الأوزاعي ومنهجه ص : 316.
70) يوسف : 26.

قال علماء المالكية : في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة، بما ذكر من أخذ القميص مقبلا ومدبرا، وما دل عليه الاقبال من دعوا والادبار من صدق يوسف، وهذا أمر كما قال ابن العربي تفرد بـ المالكية (71).

وقد علق على هذا بقوله «فإن قيل : هذا شرع من قبلنا قلنا عنه جوابان :

احدهما : أن شرع من قبلنا شرع لنا.

ثانيهما : أن المصالح والعادات لا تختلف فيها الشرائع، فإذا وجد، فلا بد من اعتبارها، وقد استدل يعقوب بالعلامة.

ويذكر بعض المفسرين أن الاخوة لما ادعوا أكل الذئب قال أروني القميص، فلما رآه قال : لقد كان هذا الذئب حليما.

وهكذا اطردت العادة والعلامة، وليس هذا بمناقض لقوله البينة على المدعى واليمين على من أنكر (72).

وقد تكرر ذكر المعروف بمعنى العرف في السور المدنية، وأكثرها في بيان الأحكام الشرعية العملية، وذلك في عدة آيات بعضها في صفة الأمة الإسلامية وحكومتها، وأكثرها في الأحكام الزوجية والمالية..

فمن النوع الأول قوله تعالى في تعليل الاذن للمسلمين بالقتال من سورة الحج، إذ ذكر من صفات المأذون لهم به أنهم ظلموا وأخرجوا من ديارهم بغير حق، لأجل توحيد الله تعالى : **«الذين ان مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف»** (73).

---

(71) أحكام القرآن لابن العربي : 3 / 1073.

(72) أحكام القرآن لابن العربي : 3 / 1073.

(73) الحج : 40.

وقوله تعالى : «**ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر**» (74).

وقوله تعالى : «**والمومنون والمومنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف**» (75).

وقوله سبحانه : «**التائبون العابدون الحامدون...**» الآية.. (76) فهذه الآيات أصول لا مندوحة للأمة من الالتزام بها في آدابها وتشريعها (77).

ومن النوع الثاني : وهو ما ورد في الأحكام الفرعية قوله تعالى في الأحكام الزوجية : «**ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف**» (78) وهذه الآية ركن من أركان الزوجية.

وقوله تعالى : «**فامساك بمعروف**» (79) وقوله سبحانه : «**فامسكوهن بمعروف**» (80). وقوله : «**فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بمعروف**» (81).

وقوله «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» (82) و له : «**فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن**

---

(74) آل عمران : 103.
(75) التوبة : 72.
(76) التوبة : 113.
(77) تفسير المنار : 4 / 492.
(78) البقرة : 227.
(79) البقرة : 227.
(80) الطلاق : 2.
(81) البقرة : 231.
(82) البقرة : 232.

بالمعروف» (83) وقوله في المطلقات «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف» (84).

وقوله تعالى في معاشرة الأزواج «وعاشروهن بالمعروف» (85) وهناك آيات أخرى في العفو عن القصاص، وفي الوصية للوالدين والأقربين، وفي أكل الوصي مال اليتيم قيدت كلها بالمعروف ومن ذلك نرى أن لفظة «المعروف» في هذه الآيات معتبرة في هذه الأحكام المهمة، وأن المعروف فيها هو المعهود بين الناس في المعاملات والعادات..

ومن المعلوم بالضرورة أنه يختلف باختلاف الشعوب والبلاد والأوقات فتحديده وتعيينه باجتهاد بعض الفقهاء بدون مراعاة عرف الناس مخالف لكتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وانتقد الشيخ رشيد رضا (86) ما فسر به الآية صاحب لباب التأويل بقوله «وأمر بكل ما أمرك الله به وعرفته بالوحى بأن «هذا التفسير من صاحب لباب التأويل هو من قشره لا من لبابه، وأول ما يرد عليه أنه إذا كان المراد من العرف بالوحي يقال فيه أنه لم يكن قبل الأمر به معروفا وبعد الأمر صار من قبيل تحصيل الحاصل» (87).

ووجه الاستدلال بهذه الآيات التي أوردناها، التأكيد على أن معناها يدور كله على العرف بمعناه الواسع الذي يقضى به في المعاملات

---

83) البقرة : 233.

84) البقرة : 235.

85) النساء : 19.

86) السيد محمد رشيد رضا، العلامة المجدد المتبحر صاحب التفسير ومجلة المنار المتوفى سنة 1354 هـ.

87) تفسير المنار 4 / 494.

اطلاقا، ما لم يخالف النص الصريح، والحكمة في ذلك ظاهرة، وهو أن الله لا يخاطب عباده إلا بما يعرفون، فما عرفوه من طريق النص فأمره واضح، وما لم يرد فيه نص فالمصير إلى الأمر المعروف محتم ومؤكد، وهذه الآيات كلها تعزز آية الأعراف التي استدل بها الفقهاء على العرف الشرعي، وتصلح حجة للرد على من أنكر الاستدلال بها، ولم أر من احتج بها في الموضوع مع أنها صريحة في المراد...

ب ـ أما من الحديث : فقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان فقال : «ياحكيم بن حزام، لا تبع ما ليس عندك» وعندما قدم المدينة وجدهم يتعاملون بالسلف «السلم»، وهو نوع من بيع ما ليس عند الإنسان فأقرهم عليه بعد أن نظمه لهم،مراعيا في ذلك عرف العرب.

وفي هذا يروى البخارى وغيره عن ابن عباس أنه قال :

«من أسلف فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم» (88).

فقد إعتبر العرف أولا، ثم صار بعد أذنه سنة واجبة الأتباع (89)

ومن ذلك ما روى أيضا عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة» إن هذا البلد حرام، لا يعضد شوكه، ولا يختلى خلاه ولا ينفر صيده، ولا تلتقط لقطته، الا لمعرف».

---

88) انظر صحيح البخاري 3 / 85.

89) نقل أبو الوليد الباجي في «المنتقى» (4 / 300) أن الإمام مالكا قال : لا يجوز إلا إلى الأجل الذي تختلف في مثله الأسواق...
قال الباجي : إذا ثبت ما قلناه فالذي قاله القاضي أبو محمد أن تغير الأسواق في ذلك لا يخص بمدة من الزمان وإنما هو على حسب عرف بلده، نص رسول الله صلى الله عليه وسلم، على اشتراط الأجل وقدروه بالمدة التي تتغير فيها الأسواق وذلك مردود إلى العرف..

فقال العباس : «الا الاذخر (90) فانه لا بد لهم منه، فانه للقبور (91) والبيوت» فقال : الا الاذخر (92).

فاستثناؤه صلى الله عليه وسلم «الاذخر» فيه مراعاة لما اعتاد الناس وألفوه، ومن العسير عليهم ترك عاداتهم، فرخص لهم في ذلك دفعا للحرج عنهم.

وقد ثبت أن الشارع راعى في تشريعه عرف العرب في بعض أحكامه من مثل : وضع الدية على العاقلة، واشتراط الكفاءة في الزواج وبنى الولاية في الزواج على العصبية وكذلك الارث.. (93).

وقوله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة : «خذى من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف» (94).

وما ورد في الصحيحين والموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لقد هممت أن أحرم الغيلة في الرضاع، لولا أن قوما من فارس يفعلونها ولا تضر أطفالهم» (95).

---

(90) الاذخر : نبت طيب الرائحة. انظر : احكام الاحكام لابن دقيق العيد : 2 / 75 وزاد المعاد 2 / 203.
وفي الحديث : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم، يسلت ثوبه بعرق الاذخر ثم يصلي فيه اخرجه احمد في مسنده، وتمام الحديث : «ويحته من ثوبه يابسا ثم يصلي فيه. انظر : مفتاح الوصول ص : 199.

(91) وفي بعض الروايات : إلا الاذخر فإنه لقينهم وبيوتهم «والقين : الحداد انظر أحكام الأحكام لابن دقيق العيد : 2 / 75.

(92) صحيح البخاري : 3 / 14.

(93) مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه لخلاف ص : 146 ط : الكويت.

(94) صحيح البخاري : 7 / 65.

(95) المنتقى للباجي : 4 / 155.

وقوله صلى الله عليه وسلم «أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية، فهي على قسم الجاهلية، وأيما دار أو أرض أدركها الاسلام ولم تقسم، فهي على قسم الاسلام».

فمن رحمة الشريعة أنها أبقت للأمم معتادها وأحوالها الخاصة إذا لم يكن فيها استرسال على فساد (96).

وفي صحيح البخارى «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والاجارة والمكيال والوزن وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة».

ذكر الحافظ ابن حجر عن ابن المنذر وغيره : مقصوده بهذه الترجمة : إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ، ولو أن رجلا وكل رجلا في بيع سلعة فباعها بغير النقد الذي عرف الناس لم يجز، وكذا لو باع موزونا أو مكيلا بغير الكيل أو الوزن المعتاد.. (98) وأضاف بأن الرجوع اليه في المقادير كالحيض والطهر وأكثر مدة الحمل، وسن اليأس.. واحياء الموات والإذن في الضيافة، ودخول بيت قريب.. وألفاظ الايمان والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود وغير ذلك لازم.. (99).

وفي «عمدة القارى» وجه هذا الحديث على ما يتعارفه الناس بينهم أى على عرفهم وعوائدهم في أبواب البيوع والاجارات والمكيال كل شيء

---

96) مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص : 110.

97) أبو العباس أحمد بن حجر العسقلاني شيخ الإسلام الحافظ المتوفى سنة 852 هـ.

98) فتح الباري : 4 / 276.

99) نفس المصدر 4 / 277.

لم ينص عليه الشارع أنه كيلى أو وزنى يعمل في ذلك على ما يتعارفه أهل تلك البلدة، لأن الرجوع إلى العرف جملة من القواعد الفقهية..

ثم خلص إلى القول بأن قصد البخارى بهذه الترجمة، اثبات الاعتماد على العرف والعادة (100).

وحمل الامام السهيلي (101) شربه صلى الله عليه وسلم من اناء قوم دون استئذان في حديث الاسراء على العرف والعادة، لأن العرب في الجاهلية، كان في عرف العادة عندهم اباحة الرسل (اللبن) لا بن السبيل، فضلا عن الماء (102).

وقد قال صلى الله عليه وسلم «إنما الطاعة في المعروف» (103) كما قال : «خاطبوا الناس على قدر عقولهم».

والتاريخ يحدثنا أن العرب كانت لهم عادات شريفة وأخلاق كريمة في معاملاتهم وأحوالهم الشخصية، كما كانت لهم بعض الشعائر الدينية تتمشى مع الفطرة تسربت اليهم من بقايا الديانات السماوية السابقة من يهودية ونصرانية، طبقوا منها بعض الأحكام في معاملاتهم من بيع وشراء ورهن وشركات واجارات ومساقاة أقرها الاسلام، ولم يبطل منها الا ما

---

100) ج 5 / 563.

101) الإمام المحدث أبو القاسم عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد بن أبي الحسن الخثعمي السهيلي (508 ـ 581 هـ).

102) الروض الانف : 1 / 246.

103) صحيح البخاري : 9 / 63.

كان فاسدا، كالربا بنوعيه، وبيوع الغرر، وبيع الملامسة (104) والمنابذة (105) والحصاة (106)..

أخرج أبو داود (107) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للسائب ابن أبي السائب «كنت شريكى فنعم الشريك، كنت لا تدارى ولا تمارى» (108) وأمر السيدة خديجة في باب التجارة معروف مشهور، فقد كانت تستأجر الرجال في مالها بشيء تجعله لهم..

وأخرج البخارى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : «قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في التمر السنة والسنتين فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، ورخص في العرايا واستثناها من بيع المزابنة (109).

وروى البخارى أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة بيع التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه قد أذن لهم (110).

هذا في باب المعاملات، أما عن أحوالهم الشخصية، فقد كان لهم نظام خاص في الزواج لا يختلف في جله عما جاءت به الشريعة الإسلامية، فقد كانت المرأة تخطب إلى وليها، وتعطى صداقها كما

---

104) قال الإمام مالك : الملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يبين ما فيه، أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه. انظر الموطأ بشرح الباجي : 5 / 44.

105) المنابذة : أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه ، وينبذ الآخر إليه ثوبه من غير تأمل منهما ويقول كل واحد منهما : هذا بهذا، فهذا الذي نهى عنه من الملامسة والمنابذة. المنتقى : 5 / 44.

106) الحصاة : أن يضرب شخص بحصاه فأي ثوب أصابه يبين به.

107) أبو داود سليمان بن الأشعث الإمام المحدث صاحب السنن المتوفى سنة 275 هـ.

108) انظر نيل الأوطار للشوكاني : 5 / 591 والحديث روى من طريق آخر بلفظ : لا تداريني ولا تماريني.

109) صحيح البخاري : 3 / 85.

110) صحيح البخاري : 3 / 75.

يحكي البخارى عن عائشة قالت : «كان النكاح في الجاهلية على أربعة أنحاء منها نكاح الناس اليوم. يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها (111) وإن كان هناك أنواع من السفاح كان يتعاطاها شرار القوم، ولم تكن مستحسنة عند جمهورهم، وكذا الشأن في الطلاق (112).

وفي باب الشعائر الدينية أيد الاسلام ما كان عليه عرب الجاهلية من حجهم واعتمارهم فأقرهم على ذلك.

أخرج البخارى عن عاصم بن سليمان قال : سألت إنسانا عن الصفا والمروة، قال كنا نرى أنهما من أمر الجاهلية. فلما جاء الإسلام أمسكنا عنهما فأنزل الله : «إن الصفا والمروة من شعائر الله» (113).

وذكر البخارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم الفتح فقال : «إن هذا البلد حرام، لا يعضد شوكه.. (114) الحديث الذي قدمناه.

ونظام القسامة الموجود في الشريعة الإسلامية هو النظام الذي كان متبعا عندهم.

روى مسلم (115) عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الأنصار أن

---

(111) صحيح البخاري : 7 / 15.

(112) أخرج الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت : «كان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي إمرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وان طلقها مائة مرة وأكثر حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبيني مني ولا آويك أبدا، قالت : وكيف ذلك ؟ قال : أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك فذهبت المرأة فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم، فسكت حتى نزل القران : «الطلاق مرتان».
انظر صحيح الترمذي : 5 / 167 بشرح أبي بكر ابن العربي.

(113) صحيح البخاري : 2 / 159 وانظر فتح الباري : 9 / 242.

(114) صحيح البخاري : 3 / 14.

(115) أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد القشيري النيسابوري توفي عام 261 هـ

النبي صلى الله عليه وسلم أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية (116).

وفي باب الصيام يروى البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة فرأى اليهود تصوم يوم عاشوراء فقال ما هذا ؟ قالوا هذا يوم صالح نجى الله تعالى فيه موسى عليه السلام وبني اسرائيل من عدوهم، فصامه وأمر بصيامه (117).

وكان الاعتكاف من القربات عندهم، وقد جاء به الإسلام. أخرج البخارى ومسلم عن ابن عمر (118) أن عمر سأل النبي صلى الله عليه وسلم قال : «كنت نذرت في الجاهلية أن اعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال : فأوف بنذرك (119).

فهذه نصوص تعطينا صورة واضحة عن موقف الاسلام من العادات، ويتضح من خلالها أن الشرع الإسلامي أقر الصالح منها وهذب منها ما كان في حاجة إلى تهذيب وأبطل ما كان غير ذلك، فلم يهدم كل ما تعارفه العرب في جاهليتهم الوثنية، بل أقر الكثير من عاداتهم وتقاليدهم الصالحة التي تساير مقاصد الشريعة ومبادئها، ولم يبطل إلا ما فسد منها، وعدل البعض الآخر لتسير وفاقا مع مبادىء الشرع الحنيف.

وهكذا نرى أن الشارع كان له اهتمام عظيم بمراعاة العرف الصالح فيما يشرع من أحكام حتى يسهل على الناس قبولها، وأصبح له فيما بعد أثر بالغ في التشريع، إذ الاسلام ما جاء إلا لإصلاح ما فسد من أوضاع

116) صحيح مسلم ص : 90 القسم الأول من الجزء الثاني.
117) صحيح البخاري : 3 / 44.
118) عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما المتوفى سنة 73 هـ
119) صحيح البخاري : 3 / 48.

الناس الاجتماعية، ولم يكن من هدفه هدم ما اعتاده الناس من عادات صالحة، تعارفوها جيلا بعد جيل، وهو باحترامه للعرف يكون قد شرعه للناس، وأصبح في حكم المصادر التشريعية...

المبحث الثاني : موقف الصحابة من العـرف :

لا يختلف موقف الصحا بة من العرف عما سبق فقد حكموه في كل ما لا يصادم النص أو يتعارض مع روحه ومبادئه.

فحينما واجه الصحابة خليطا من العادات في البلاد التي فتحوها من مصر وفارس وروما ن و بر بر أقروا منها الصالح وألغوا ما سواه..

فقد ثبت تاريخيا أنه كانت لهذه الأمم عادات وتقاليد تمثل مظهرا من مظاهر حياتهم ومن ثم دخلت هذه الأعراف التي أقروها كما أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم وأصبحت جزءا من العادات الإسلامية المبنية على السنة النبوية.

وفي عصر الفتوحات والعصور اللاحقة، عثر المسلمون على عادات لم يعرفوها من قبل، كما نشأت عادات جديدة، فاهتدى الخلفاء والصحابة معهم والتابعون من بعدهم بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم ونظموا هذه الأعراف على هدى الكتاب والسنة والمقاصد السامية للتشريع، ودخلت في التشريع الإسلامي من باب اجماع المجتهدين أو من باب الأدلة الشرعية الأخرى كالاستحسان والمصالح المرسلة.

فعلوا كل ذلك تأسيا برسول الله صلى الله عليه وسلم فعمر دون الدواوين وهي عادة فارسية، فنظم ديوانا للجيش وللعمال والخراج

والجبايات، وأبقاها على ما كانت عليه قبل الاسلام بالفارسية في العراق، وبالرومية في الشام، ولم يتغير ذلك إلا بعد مجيء الأمويين (120).

وإن كان البعض يرى أن عمل عمر هذا اقتضته ضرورة حيث لم يجد من يصلح كاتبا من المسلمين فعين غير المسلمين من أهل العهد يعملون فيها بلغتهم، ولكن على أي حال : فهو ابقاء منه على عادات وأعراف كانت قائمة قبل الاسلام، وقد ضرب الدراهم، وهي عادة لم تكن في جزيرة العرب، كما طبق نظام الخراج الذي كان يعمل به الأكاسرة وفي اقراره رضي الله عنه ـ والصحابة معه ـ لهذه الأعراف التي لا تتنافى مع مبادىء الإسلام يكون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أكدوا بقاء العرف الصالح فيما يجرى بين الناس، متبعين في ذلك ما اتبعه رسول الله عليه السلام.

المبحث الثالث : موقف التابعين من العـرف

لا يختلف موقف التابعين من العرف عن موقف الصحابة، فقد وجدوا لهم سندا للأخذ بالعرف من عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده لذلك توسعوا في الأخذ به وتحكيمه أكثر مما فعل به الصحابة، باعتبار أنهم أدركوا في زمانهم أشياء، ووقفوا على أشياء لم تحدث في زمن الصحابة إذ الفتوحات كثرت في عهدهم، ودخل الإسلام إلى أقطار كثيرة كما دخل فيه أناس كثيرون من مختلف الأمم، ولهم عاداتهم وأعرافهم وتقاليدهم، لا جرم أن أعارها التابعون اهتماما فقد

120) انظر مقدمة ابن خلدون ص : 133.

اتسعت بلاد الإسلام، ووصل الفتح الإسلامي إلى أقصى البلاد شرقا وغربا، بلغت معه الدولة الإسلامية أوجها في الاتساع، وهذه الرقعة تتردد فيها عادات وتقاليد قانونية وأخلاقية لم يتحدث عنها الشرع الحكيم بصراحة.

نزل التابعون بهذه البلاد قضاة ومفتين، فواجهوا هذه العادات على تباينها وجهلهم بها، فكان طبيعيا أن يعملوا ملكاتهم الفقهية لاعطاء هذه العادات أحكامها من الشريعة، فطبقوا عليها مبادىء الفقه العامة، فما كان منها صالحا أقروه، وما كان فيه نوع من العوج هذبوه، اقتداء بسيرة الصحابة في ذلك.

وقد كانوا يتأثرون إلى حد ما بالوسط الذي كان يعيش فيه هؤلاء الناس، والعادات التي كانت تكتنفهم، لأنهم كانوا يعلمون أن الأحكام التي أنزلها الله صالحة لكل زمان ومكان، فلو لم تتأثر الأحكام المبنية على العادات في استنباطها ببيئة الناس، ولو لم تكن مناسبة لظروفهم، لأصاب الناس ضيق وحرج، وصارت الشريعة مجانبة للغرض الذي بنيت عليه (121).

وبوجه عام، فإن التابعين ترسموا خطى الوحي في اتباع المصلحة ورفع الحرج في تطبيق الأحكام وتخريجها..

هكذا أصبح للعرف في الفقه الإسلامي اعتبار شرعي في بناء كثير من أنواع الأحكام، بل أصبح في نظر الفقهاء دليلا شرعيا كافيا في ثبوت الأحكام الالزامية حيث لا دليل سواه.

---

121) انظر العرف والعادة ص : 77.

المبحث الرابع : موقف الأئمة من العـرف

وعلى مهيع الصحابة والتابعين سار الأئمة بعدهم. إذ تأثروا إلى حد بعيد بالوسط الذي كانت تعيش فيه الجماعات المرتبطة بعاداتها وأعرافها..

ونفس الموقف وقفه المتأخرون من الفقهاء في عصر التقليد. بل إن هؤلاء كانوا أكثر تحكيما للعرف والعادات ممن سبقهم، لأنهم شاهدوا من الحوادث والنوازل الطارئة ما لم يشهده أسلافهم. ولأنهم عانوا من الحضارة أكثر مما عانى سلفهم...

إن كل المذاهب الفقهية الرئيسية حكمت العرف واعتبرته مصدرا من مصادر التشريع. ويعبر «القرافي» عن هذا الموقف بوضوح فيقول : «نقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العادات والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، وليس كذلك، أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها» (122).

وقول القرافي هذا يؤيده الدليل والواقع. فنظرة عابرة في كتب المذاهب الفقهية تثبت ذلك.

فالحنفية اعتبروا العرف أصلا من الأصول يرجع إليه في كثير من الأحكام.

---

122) شرح تنقيح الفصول ص : 76.

يقول ابن نجيم (123) «ان اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا» (124).

ويقول «ابن عابدين» (125) :

والعرف في الشرع له اعتبـــار لذا عليه الحكم قد يـــدار (126)

وعلى ذلك بنوا كثيرا من الجزئيات على العرف...

فأبو حنيفة يذهب إلى أن الزرع إذا أصابته جائحة فأتلفته، فإن الخراج الموظف يسقط عنه، وتلك عادة طبقها الأكاسرة في العراق أيام حكمهم (127).

وأفتى «محمد بن الحسن» (128) بجواز بيع النحل ودود القز لما وجد الناس يتعاملون بذلك بيعا وشراء، كما يروى عنه أنه كان يذهب إلى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما تواضعوا عليه، ليلاحظ ذلك في فتاويه فيما يحدث بينهم (129).

وذهب أبو يوسف (130) إلى أن الحكم الشرعي الذي ثبت بالنص بناء على عرف الناس يتأثر بتغيير هذا العرف، كوجوب المماثلة كيلا في بيع القمح بالقمح (131).

---

123) الزين العلامة الحنفي يسمى أبا حنيفة الثاني صاحب الأشباه والنظائر المتوفى سنة 970 هـ.

124) الأشباه والنظائر ص : 93.

125) محمد أمين علامة حنفي صاحب رد المحتار وغيره المتوفى سنة 1252 هـ.

126) منظومة رسم المفتي، والبيت أورده في نشر العرف له ص : 3 مخطوط خ. ع بالرباط رقم : 602 د.

127) أصول الفقه لشلبي ص : 320.

128) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني الفقيه الحنفي الشهير المتوفى سنة 189 هـ.

129) المصدر ص : 321.

130) قاضي القضاة أبو يوسف صاحب أبي حنيفة المتوفى سنة 182 هـ.

131) أصول التشريع لحسب الله ص : 312.

وقد صححوا الشروط التي تعارفها الناس مع ورود النهي عن بيع وشرط، معللين ذلك بأن النهي لم يكن إلا لأن الشرط في عقد البيع يفضى إلى النزاع غالبا، والعرف يقضي على ذلك النزاع (132).

وقد ورد في المبسوط للسرخسي (133) أن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي، لأن في النزع عن العادة الظاهرة جرحا بينا (134).

ومما شاع على السنة الفقهاء أن المذهب الحنفي يعد من أكثر المذاهب الإسلامية اعتبارا للعرف واعتمادا عليه..

والإمام الشافعي لما نزل مصر غير الكثير من مذهبه القديم، ولا شك أن للأعراف المصرية وعاداتها أثرا في ذلك (135) نقل عن القاضي حسين (136) أن مبنى الفقه الشافعي على خمس قواعد وعد منها العرف (137).

واعتبر «الرافعي» (138) أن الأصح فيما جهل من كيل أو وزن مراعاة العرف (139) كما صرح بأن «العادة تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج في النفقة» (140).

---

132) أصول الفقه لشلبي ص : 320.

133) شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي صاحب المبسوط وغيره توفى سنة 490 هـ.

134) ج 13 / 14.

135) أصول التشريع لحسب الله ص : 312.

136) أبو علي الحسن بن محمد المردودي الشهير بقاضي حسين من كبار فقهاء الشافعية المتوفى سنة 462 هـ.

137) انظر فتح الباري : 4 / 276 ـ وبقية القواعد : اليقين لا يرفع بالشك والضرر يزال والمشقة تجلب التيسير، والأمور بمقاصدها.

138) أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الشافعي المتوفى سنة 623 هـ.

139) انظر الأشباه والنظائر ص : 63.

140) نفس المصدر ص : 68.

وقد عقد «السيوطي» (141) فصلا قيما عن العرف في كتابه «الاشباه» و«النظائر» فصل فيه القول. وبين مذهب امامه فيه. والفروع التي بنوها عليه : فأتى في مباحث جليلة، مصرحا بأن «العرف راجع إليه في مسائل لا تعد كثرة» (142)، واستعرض أمثلة كثيرة أحال فيها فقهاء الشافعية على العرف، من ذلك : سن الحيض والبلوغ والانزال، .وأقل الحيض والنفاس والطهر والأفعال المنافية للصلاة، والنجاسات المعفو عن قليلها، والرد بالعيب، وعمل الصناع، واستئجار الدواب، ورد ظرف الهدية ودخول الحمام.. إلى غيرها من الأمثلة الكثيرة التي ساقها (143).

ونظرة كذلك إلى كتاب «نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج» وهو من خيرة كتب الشافعية في الفروع تثبت مدى اعتماد الشافعية على العرف (144) والحنابلة حكموا العرف في كثير من الأحكام رغم ما عرف عن هذا المذهب من تشبثه بالنصوص..

فقد استدل «ابن قدامة» (145) بالعرف في قضايا عديدة منها : الرجوع إليه في تقدير النفقة الواردة في قوله تعالى : «أو اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون» (146).

وقد أورد «ابن رجب» (147) في قواعده : أنه لو استأجر أحد أجيرا يعمل له مدة معينة، حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان

---

(141) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي الحافظ المؤلف المكثر توفي سنة 911 هـ.

(142) انظر الأشباه والنظائر ص : 63.

(143) انظر أمثلة أخرى في فتح الباري : 4 / 276.

(144) انظر على سبيل المثال ص : 40، 109، 134، 156، 176، 190 من ج : 7.

(145) أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي المتوفى سنة 620 هـ

(146) انظر المغنى : 6 / 133.

(147) الحافظ أبو زيد عبد الرحمان بن رجب الحنبلي المتوفى سنة 795 هـ صاحب القواعد.

دون غيره بغير خلاف (148) بل إن ا بن القيم (149) يقرر أن «نكارة العادات لا معنى لها» (150). ويرى الأخذ بالعرف واجب (151).

وقد أورد في «اعلام الموقعين» عدة أمثلة جرى الحكم فيها تبعا للعرف، واعتبر أن اهمال قصد المتكلم ونيته وعرفه جناية عليه وعلى الشريعة (152).

والإمام «الأوزاعي» (153) جعل من العرف استدلالا معتبرا كغيره من الأئمة. إذ تبين من البحث والتتبع في الفروع الفقهية لمذهبه أنه كان يعتمد على الأدلة المختلف فيها. ومن جملتها العرف. وقد رعاه في مسألة تقرير أقل الحيض إذ لم يرد دليل على تقدير أقله لا شرعا ولا لغة (154).

والشيعة حكموه في بعض القضايا (155) فقد نصوا على أن العرف يحتاج إليه في تقويم المسروق إن لم يكن من النقود. فما رآه العرف يساوي ربع دينار فما زاد. يجب فيه القطع. وما لم يكن كذلك. فلا يكون سببا لذلك (156).

---

148) انظر العرف والعادة ص : 52.
149) أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن القيم الإمام المحقق مؤلف مكثر توفي عام 751 هـ.
150) انظر الطرق الحكمية ص : 107.
151) نفس المصدر.
152) انظر ج 3 ص : 44.
153) أبو زيد عبد الرحمان بن عمرو الأوزاعي الشامي المتوفى عام 157 هـ.
154) الإمام الأوزاعي ومنهجه كما يبدو في فقهه ص : 327.
155) انظر التشريع الجنائي الإسلامي ص : 124 هامش.
156) المصدر ص : 309.

وفقهاء المذهب الجعفرى وإن لم يعتبروا العرف من الأدلة الشرعية، فإنهم اعتمدوه في تفسير الدليل الشرعي اللازم حمله على المعنى العرفي (157).

فهم لم يختلفوا في الأخذ به، وإنما اختلفوا في العدد الذي تحصل به العادة، فبعضهم رأى أن هذا العدد هو اثنان، وبعضهم يرى أن العادة لا تحصل إلا بتكرار الفعل ثلاث مرات (158) والرأي الأول موافق لمذهب المالكية، فهم يعتبرون تكرار العادة مرتين (159).

والرأى الثاني موافق لما ذهب اليه بعض فقهاء الشافعية فقد حكى الحافظ السيوطي الخلاف بينهم في اشتراط التكرار مرتين أو ثلاثا، رجح أبو حامد الرأى الثاني (160).

أما المالكية : فقد أخرت القول عنهم، لأن لهم في العرف مقالا طويلا يعد هذا البحث من اختصاصه، إذ اعتبروه نوعا من المصلحة، وتوسعوا فيه كثيرا حتى إنهم خصصوا به بعض النصوص كما سنذكر.

فمن خلال النصوص الفقهية للمالكية يبدو لنا المدى الواسع الذي كان للعرف عندهم (161)، مما جعل هذا المذهب يفوق غيره من المذاهب في الاعتماد عليه كأصل هام من أصوله الفقهية..

---

157) المصدر ص : 310.

158) المصدر ص : 125.

159) مواهب الجليل : 6 / 320.

160) الأشباه والنظائر ص : 64.

161) حتى خيل لبعضهم أن العادة يقصى بها عند المالكية خلافا لغيرهم كما زعم أبو القاسم احمد بن جزي الاندلسي. انظر كتابه «تقريب الوصول الى علم الاصول ص : 52 مخطوط خ. ع. بالرباط رقم 1863.

وقد لاحظ هذه الحقيقة المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة إذ ورد في كلامه أن «الفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلا من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي. بل إنه أوغل في احترامه أكثر من المذهب الحنفي لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال. ولا شك أن مراعاة العرف الذي لافساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه» (162).

وعلى ذكر اهتمام المالكية بالعرف واحتفالهم به، وكثرة رجوعهم إليه. ننقل بعض الفقرات عن أئمتهم تبين لنا نظرتهم إليه. واعتمادهم عليه.

1) «فابن العربى» يعده أصلا من الأصول ودليلا يجب الرجوع إليه فيقول :... «إن العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام. وربط به الحلال والحرام» (163) وجعله ابن عاصم في منظومته الأصولية من الأدلة المشروعة إذ قال :

العرف ما يعرف بين النـــاس ومثله العادة دون بــــأس
ومقتضاهما معا مشــــروع في غير ما خالفه المشــــروع

وجاء في قواعد المقرى (الجد) «أصل مالك اعتماد العرف الخاص والعام» (164).

2) وقد خصصوا به بعض النصوص كما فعلوا في قوله تعالى : «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين» (165) إذ استثنوا المرأة

162) كتاب مالك ص : 420.
163) أحكام القرآن : 4 / 1842.
164) قواعد المقري ص : 164 مصورة أستاذنا الجليل المحقق سعيد أعراب.
165) البقرة : 233.

الشريفة التي تتضرر بالارضاع. يقول «القرطبي» «اختلف الناس في الإرضاع هل هو حق للأم أو حق عليها. واللفظ محتمل. ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إذ قد صار شرطا. إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها الا ترضع وذلك كالشرط» (166).

وورد في قواعد المقرى أن «العادة عند مالك كالشرط. تقيد المطلق وتخصص العام» (167).

ونقل «الونشريسي» (168) أن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة (169).

وحكى «المهدى الوزاني» (170) عن الإمام أبي عبد الله النالي (171) أن العادة والعرف ركن من أركان الشريعة عند مالك وعامة أصحا به (172).

3) ورجحوا به الأقوال الضعيفة والشاذة. واعتبروه من أقوى المرجحات (173) قال «الاغلالي» في منظومته :

ورجحوا بالعرف وهو أقــوى   من سائر المرجحات أقــوى (174)

---

166) الجامع لأحكام القرآن : 1 / 86.

167) قاعدة رقم : 635.

168) أبو العباس أحمد بن يحيى التلمساني فقيه محصل صاحب «المعيار» توفي في صفر سنة 914 هـ.

169) انظر شرح السجلماسي لعمل فاس : 1 / 372.

170) أبو عبد الله محمد المهدي بن محمد الخضر الحسني الوزاني فقيه مؤلف مكثر عمر طويلا. وتوفي في المحرم سنة 1342 هـ.

171) أبو عبد الله محمد بن أحمد النالي الخالدي الغماري المعروف بالمسفر فقيه نوازلي حافظ. انظر ترجمته في دوحة الناشر ص : 34 تحقيق حجي.

172) انظر النوازل الكبرى : 6 / 382.

173) انظر تحفة الأكياس : 1 / 7.

174) منظومة الاغلالي فيما تجب به الفتوى مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1242 د.

4) كما راعوا عرف المتكلم في جميع الأحوال، سواء تعلق الأمر بالأفعال الشرعية من معاملات واقرارات، أو الأفعال العادية من ألفاظ وغيرها من سائر التصرفات، وفي هذا يقول «القرافي» «إن من له عرف وعادة في لفظه، إنما يحمل لفظه على عرفه» (175).

ويقول المقرى «كل متكلم له عرف فإن لفظه يحمل على عرفه في الشرعيات والمعاملات والإقرارات وسائر التصرفات» (176) وقال أيضا «من تقررت له عادة عمل عليها» (177).

5) واستحبوا في القاضي أن يكون بلديا عارفا أعراف البلد وأحوال المتقاضين وعاداتهم، فيقضي بين الناس طبقا لما جرت عليه أحوالهم وتصرفاتهم التي اعتادوها في حياتهم اليومية، لأن ذلك يكون أقرب إلى تحقيق المصلحة لهم.

نقل الونشريسي في المعيار عن ابن «منظور» (178) ينبغي عندى للمشاور (179) في المسألة أن يحضر عند ذلك أمورا يبنى عليها فتواه، ويجعلها أصلا يرجع إليه أبدا فيما يستحضره في ذلك منها : مراعاة العوائد في أحوال الناس وأقوالهم وأزمانهم لتجرى الأحكام عليها من النصوص المنقولة عن الأئمة» (180)، ولذلك لما قيل للشيخ ابن عبد

---

175) شرح تنقيح الفصول ص : 211.
176) القاعدة رقم : 459.
177) القاعدة رقم : 117.
178) القاضي أبو عبد الله محمد بن منظور القيسي الاشبيلي فقيه محدث توفي سنة 469 هـ
179) المشاور : اصطلاح مغربي يطلق على المستشار وهو بضم الميم وفتح الواو من الشورى، وقد اشتهر كثير من فقهاء الأندلس بإطلاق هذا الاسم عليهم حتى أصبح علما عليهم مثل : ابن الفخار، وابن زرب، وابن الطلاع.. انظر اقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، ص : 79 بتحقيق د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي.
180) المعيار : 8 / 287.

السلام التونسي (181) إن هؤلاء القوم امتنعوا من توليتك القضاء لأنك شديد في الحكم. قال لهم «أنا أعرف العوائد وأمشيها» (182).

فالقاضي كلما تمكن من معرفة عادة البلد الذى يقضي فيه. كلما سهل عليه تطبيق الحكم وفق ما تعارفه الناس واعتادوه. لأنه يكون أعرف الناس بمشاكلها ونوازلها..

6) واشترطوا في القاضي أن يلاحظ العرف الجارى بين الناس ولا يجمد مع الروايات ويقطع النظر عن العادة الجارية بينهم. فالجمود على النصوص لا يليق بالقاضي. لأن العوائد ضرورية الاعتبار كما قال الإمام الشاطبي (183).

نقل عن القلشاني (184) قوله : «إن العرف كالشرط. فيجب على القاضي والمفتى ألا يجمد مع الروايات. ويقطع النظر عن العرف الجارى بين التاس في هذا الباب. ولا في كل باب أصله ملاحظة العرف (185) ولاحظ ابن عبد السلام التونسي أن العرف يتوسع فيه مالا يتوسع في غيره» (186).

7) وقد نبهوا إلى أنه من الواجب أن تدور الأحكام مع العوائد فليس من المعقول أن يلبس العرف لباس الديمومة أو القداسة بل ان الاحكام

---

181) ابو عبد الله محمد بن عبد السلام قاضي الجماعة بها. شارح مختصر ابن الحاجب الفرعي المتوفى سنة 749 هـ.

182) شرح الزقاقية لعمر الفاسي ص : 248 ط. ف.

183) الموافقات : 2 / 287.

184) أبو عبد الله محمد بن عمر القلشاني التونسي قاضي الجماعة بها توفى سنة 890 هـ

185) شرح العمل الفاسي للسجلماسي : 1 / 94.

186) المصدر : 1 / 123.

المترتبة على العوائد تدور معها حيثما دارت، وتبطل معها إذا بطلت (187) لأن أحكام الأقضية والفتاوى تتبع عوائد الزمان وعرف أهله (188).

وقد نبه القرافي إلى هذه الحقيقة فقال : «إن كل ما هو في الشريعة يتبع الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة (189) فالجمود على ما في الكتب ضلال واضلال قال الأغلالي ناظما هذه القاعدة :

وكل ما يبنى على العرف يـــدور معه وجودا عد مادور البـــدور
فما اقتضته عادة تجـــددت تعين الحكم به إذا بــــــدت

وفي لامية الزقاق :

وكن ذا تأن عارفا بعوائـــد وأحدث قضاء للفجور كما تـــرى

وجاء في قواعد المقرى : «كل حكم مرتب على عادة فإنه ينتقل بانتقالها اجماعا» (190).

ولأجل هذه المراعاة جرى على ألسنة الفقهاء في كثير من المواضع المنقول فيها اختلافهم أن يقولوا هذا خلاف في حال لا في مقال (191).

8) هكذا يكون المذهب المالكي قد توسع في الأخذ بالعرف واعتبره أصلا أصيلا تبنى عليه الأحكام، ويرجع إليه الفقيه والقاضي والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية وتطبيقها على الوقائع والجزئيات حيث لا يوجد نص من الشارع.

---

187) التبصرة : 2 / 67.
188) شرح السجلماسي لعمل فاس : 1 / 75.
189) الأحكام ص : 27.
190) قاعدة رقم : 1037.
191) المعيار : 8 / 287.

وقد غالوا في اعتباره حتى قالوا : «إن قطع العوائد المباحة قد يوقع في المحرمات» (192).

ومن ثم اشترط أبو اسحاق الشاطبي لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة معرفة عادات العرب في أفعالها وأقوالها ومجارى عاداتها حالة التنزيل من عند الله، والبيان من رسول الله (ص)، لأن الجهل بها موقع في الاشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة (193).

ويذكر أبو العباس المقرى (194) في أزهار الرياض عن بعض رؤساء الأندلس قوله : «إننا ما استقمنا في هذه الديار إلا بحفظ العوائد (195).

وفي معيار الونشريسي : «أننا إذا رفعنا (كذا) عادة في قضاء أو فتيا ممن أدركنا من القضاة والمفتين، ووجدنا لهم في ذلك مستندا من كلام من تقدم من السلف، ينبغي لنا أن نقف عند عادتهم، وأن نأخذ بعلمهم ولا نتعداه إلى غيره، وإن وجدنا خلافا عن الفقهاء في القضية، فإن فعلنا ذلك كنا أسلم فيما أفتينا به أو قضينا فيه، وكان اتباعنا لهم في ذلك ابراء لديننا وعرضنا، وكان ذلك منا أقوى في نفوسنا، لا سيما إذا كان القول المخالف لما وقع في القضية مشكلا علينا» (196).

---

192) سنن المهتدين ص : 8 م 4 ط. ف.
193) الموافقات : 3 / 151.
194) أبو العباس أحمد بن محمد بن يحيى بن عبد الرحمان المقري التلمساني فقيه مؤرخ أديب توفي سنة 1041 هـ (1631).
195) أزهار الرياض : 1 / 59 تحقيق السقا وآخرين.
196) المعيار : 8 / 288.

وهذه النصوص الكثيرة لا تدع مجالا للشك في اعتبار المالكية للعرف واعتمادهم عليه، وسنزيد هذا الموضوع بيانا في الفصول التالية إن شاء الله. فتحصل مما سبق الحقائق التالية :

1 - إن الأئمة أصحاب المذاهب على اختلاف مشاربهم واتجاهاتهم، قد أخذوا بالعرف وحكموه في القضايا.

2 - إنهم متفقون على اعتبار العرف الصحيح دليلا يرجع إليه لمعرفة الأحكام كلما أعوزهم النص، يدل على ذلك تلك القواعد التي صاغوها في هذا الشأن، مثل : «المعروف عرفا كالمشروط شرطا» (197) و«المعروف بالعرف كالمعروف بالنص».

والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي (198) و«العادة محكمة» (199) و«العرف في الشرع له اعتبار» إلى غيرها من القواعد، كما أن من أساليبهم المعروفة المتداولة في كتب الفروع «أن المدرك في هذه المسألة العرف» «وأن مستند الفتوى العرف والعادة» «وهذه القضية يتعين المصير فيها إلى العرف» وما إلى ذلك من الأساليب المحددة السائدة التي تعتبر العرف قرينة ضرورية لفهم سياق الكلام ومقاصد الناس ونياتهم.

3 - اتضح بطلان ما زعمه بعض الفقهاء من أن العرف أخذ به المذهب المالكي وحده، وثبت بالدليل أن العرف مشترك بين المذاهب كلها كما قال القرافي (200).

---

197) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 1 / 86 ووشي المعاصم لليزناسني مخطوط.
198) المبسوط للسرخسي : 13 / 14.
199) الأشباه والنظائر للسيوطي ص : 64.
200) شرح تنقيح الفصول : 76.

4 ـ وإذا كان هناك خلاف بين الأصوليين. فليس في أصل اعتبار العرف. وإنما في مدى التوسع في الأخذ به أو التضييق فيه.

5 ـ وهكذا ظل العرف معتبرا في نظر الشارع من لدن رسول الله (ص) وعصر الصحابة والتابعين والفقهاء المجتهدين في كل عصر. ولا يزال إلى الآن يعتبر منارا للسالكين والباحثين في استخراج الأحكام واستنباطها من الأصول. يطبقونه على جزئياتها ما دام لا يعارض أصلا أو يهدم مبدأ من مبادىء الشريعة.

6 ـ ولعل فيما قدمنا يتضح أن العرف قد قام الدليل عليه كتابا وسنة واجماعا ورأيا. وبه يرد على من زعم أن الاستدلال بالآية والحديث لم ينهضا دليلين على اعتبار العرف كما ادعى ذلك البعض (201).

201) امثال الشيخ احمد فهمي ابي سنة في «العرف والعادة» ص : 26 والسيد محمد تقي الحكيم في «الأصول العامة للفقه المقارن» ص : 423 ومن سار على نهجهما.

الفصل الثاني

أنواع العرف وشروطه

المبحث الأول : أنواع العـــرف

ينقسم العرف إلى صحيح وفاسد. فالفاسد لا يقول به أحد، ولا يعتد به على الاطلاق. أما العرف الصحيح فإما أن يتعلق بألفاظ تعارف الناس على استعمالها، أو يتعلق بأفعالهم، ومن هنا يتنوع إلى نوعين : عرف قولي وعرف عملي. ثم هو إما أن يكون عاما شائعا بين جميع الناس في جميع الأقطار، وإما أن يكون خاصا مقتصرا على بلد معين، أو خاصا بفئة معينة من الناس كأرباب الصنائع والحرف دون سواهم.

ومن ثم انقسم العرف ـ لفظيا كان أو عمليا ـ من حيث عمومه وخصوصه إلى نوعين : عرف عام، وعرف خاص (1).

ويقسمه بعض الفقهاء إلـــى :

1 ـ عرف يأخذ به الفقهاء كلهم، وهو العرف الذي أومأ إليه نص في أحد المواضيع، فإنه في هذه الحالة يؤخذ به بالاتفاق.

2 ـ عرف يكون فيه أخذ بأمر نص الشارع على تحريمه نصا قاطعا أو كان فيه اهمال واجب ثبت بنص لا يقبل التخصيص، فإن هذا النوع لا

1) قد تجتمع هذه الصفات في عرف واحد بأن يكون عاما قوليا أو فعليا صحيحا أو فاسدا، وقد يكون خاصا تجتمع فيه نفس الصفات وقد يكون قوليا عاما أو خاصا، صحيحا أو فاسدا، وقد يكون خاصا تجتمع فيه نفس الصفات وقد يكون قوليا عاما أو خاصا، صحيحا أو فاسدا، فالاستصناع عرف اجتمعت فيه صفة العموم والصحة والفعل، وتأجيل جزء من المهر عرف عام قولي صحيح، واختلاط النساء بالرجال في الأعراس والولائم عرف خاص فعلي فاسد ـ وهكذا ـ انظر نظرية العرف ص : 32.

يحترم ولا يؤخذ به بالاجماع. بل هو فساد عام يجب التعاون على القضاء عليه. ويكون ذلك من قبيل التعاون على البر والتقوى. والسكوت عنه سكوت عن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

3 ـ عرف لم يثبت نهي عنه ولا ارشاد اليه. ولا ايماء بالعمل به بنص. فإن المالكية والحنفية يأخذون به ويعتبرونه أصلا مستقلا (2).

أما الإمام الشاطبي فيقسم العوائد قسمين :

أ ـ عادات مقررة ثابتة لا تختلف باختلاف الأعصار والأمصار. وهي العادات المشتقة من الفطرة الإنسانية. والتي تدعو اليها طبيعة الإنسان كالأكل والشرب والنوم وغير ذلك.

ب ـ عادات تختلف باختلاف الناس وباختلاف البلاد (3). ومنهم من قسم العرف إلى قول وفعل وترك (4).

ولا بد من توضيح هذه الأنواع بالأمثلة لتتضح لنا مفاهيمها ومدلولاتها. ونظرة الفقهاء اليها. وطريقتهم في اعتبارها وتحديدها. ونبدأ :

بالعرف اللفظي :

العرف اللفظي : هو ما شاع بين الناس من استعمال ألفاظ وتراكيب في معنى خاص بحيث يصبح ذلك المعنى هو المتبادر منها إلى الذهن عند الاطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية. ويتكون هذا العرف من اتفاق الناس على هجران المعنى الأصلي. وينقلون اللفظ بواسطة

---

2) كتاب مالك ص : 421.

3) الموافقات : 2 / 198.

4) منار السالك للرجراجي ص : 49.

الاستعمال المتكرر الشائع إلى المعنى الثاني. وهذا الاستعمال يعتبر وضعا حتى إذا أطلقوه في مخاطباتهم كان حقيقة عرفية. لأنه لفظ مستعمل فيما وضع له في عرف التخاطب وهو ما عبر عنه القرافي بقوله : «إن العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة» (5). فلفظ الدراهم يطلق في الأصل على نقد فضي مسكوك بقيمة محددة ووزن معين. غير أن هذا اللفظ إذا أطلق اليوم. فإنه ينصرف إلى مطلق العملة الرائجة في البلد مهما كان نوعها وقيمتها بما في ذلك الورق النقدى. فالكل يطلق عليه الدراهم (6) وكاطلاق لفظ اللحم على لحم الضأن والبقر دون لحم السمك. مع أن المعنى اللغوى يشمل جميع أنواع اللحم. وكذلك استعمال لفظ البيت في بعض البلدان بمعنى الغرفة وفي بعضها بمعنى الدار بجملتها. وهذا النوع من العرف هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابها. فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفا بل هو من قبيل المجاز (7).

نستخلص مما سبق ذكره. أن العرف القولي هو غلبة استعمال اللفظ في معنى غير معناه الأصلي سواء كان جزء معناه الأصلي أم لا حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن ويصير المعنى الأصلي كالمهجور وهو المسمى عند الفقهاء بالمجاز الراجح. وبالحقيقة العرفية إذا كان الناقل للفظ عن معناه الأصلي عرف الناس كاطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع. فالعرف هو الذي نقل لفظها من معناه الأصلي - وهو كل ما يدب

---

5) الفروق : 1 / 171.

6) المدخل الفقهي العام : 2 / 845.

7) نفس المصدر.

على وجه الأرض - إلى ذوات الأربع. حتى صار هو المتبادر إلى الذهن عند الاطلاق. وصار المعنى الأصلي كالمهجور (8).

وفي هذا يقول القرافي : «إن من له عرف وعادة في لفظه. إنما يحمل لفظه على عرفه» (9). ويقول ابن فرحون «ينبغي أن تعرف أن العادة في اللفظ أن يغلب استعمال لفظ في معنى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن. من ذلك اللفظ عند الإطلاق. مع أن اللغة لا تقتضيه وهو الحقيقة العرفية والمجاز الراجح. وهو معنى قول الفقهاء : العرف يقدم على اللغة» (10).

ويفرق بينه وبين المجاز بكون العرف القولي هو في الحقيقة من قبيل اللغة الخاصة لأصحابها. فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية. لم يكن ذلك عرفا بل هو من قبيل المجاز. مثال القرينة ما لو حمل انسان عصا صغيرة وحلف ليقتلن فلانا بها. فإنه يفهم بهذه القرينة أن مراده بالقتل الضرب المؤلم (11) وكذا لو قال لآخر : وهبتك هذا الشيء بعشرة دراهم. فإنه يفهم منه بقرينة البدل أن مراده بالهبة معنى البيع مجازا. ومثال العلاقة العقلية قولنا حكمت المحكمة على فلان. فإن المراد من هذا الكلام أنه حكم الحاكم. إذ المحكمة لا تحكم بنفسها. وكذا قولنا : حارب الأمير البلد الفلاني. فالمراد أهل البلد وسكانه. فهذه الاستعمالات في بناء الألفاظ من صور المجاز. لأنها تقوم على أساس وجود القرينة أو العلاقة. وليست من العرف اللفظي في شيء..

8) حسام العدل والإنصاف مخطوط ص : 4.
9) شرح تنقيح الفصول ص : 211.
10) التبصرة : 2 / 57.
11) الفروق : 1 / 172.

العرف الفعلـــــــي :

ويقال له العرف المعنوى، وهو غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها. مثال غلبة هذا المعنى على جميع البلاد ملك الرجل لآلة الحرب وملك النساء لفرش المنزل. فهذا المعنى غالب على جميع الناس أو جلهم. ومثال غلبته على بعض الناس أو الفرق : الأذان للمسلمين، والناقوس للنصارى». قال القرافي في شرح التنقيح «العادة : غلبة معنى من المعاني على الذهن. وقد تكون هذه الغلبة في جميع الأقاليم. كحاجة الناس إلى الغذاء والتنفس في الهواء. وقد تكون خاصة ببعض البلاد، كالنقود والعيوب. وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى. فهذه العادة يقضى بها عندنا» (12).

ومثل ما سبق. اختلاف الزوجين في متاع البيت. فما جرت العادة أن يملكه الرجل كالرمح والسيف قضى به للزوج. وما اختص به النساء كالفرش والوسائد قضى به للزوجة (13).

فتبين بهذا أن العرف العملي هو اعتياد الناس شيئا من الأفعال العادية أو معاملتهم المدنية. مما يتعلق بشؤون حياتهم وتبادل مصالحهم وتصرفاتهم من بيع وشراء وعقود وأنكحة. فاعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، واعتيادهم أكل أنواع خاصة في جهة من الجهات، واستعمال نوع من اللباس والأدوات ونحو ذلك هي من الأفعال العادية. واعتيادهم بيع بعض الأشياء مع تحمل البائع حملها إلى بيت المشترى.

---

12) ص : 448.

13) التبصرة 2 / 58.

واعتيادهم تقسيط الأجور إلى أقساط محددة، وتعارفهم في الأنكحة تعجيل قدر من المهر وتأجيل الباقي إلى حين الطلاق أو الموت واعتيادهم في بعض المهن والصنائع أن يأخذ الصانع من رب العمل أجرا، وفي بعضها الآخر يحصل العكس ويأخذ رب العمل من الصانع أجرا.. إلى غيرها مما لا يحصى من أعراف الناس العملية هي من أعرافهم المقررة في المعاملات (14).

هذا ما تعلق بالعرف قولا وعملا، أما باعتبار عمومه وخصوصه فينقسم إلى قسمين : عرف عام وعرف خاص.

العرف العـــام :

وهو الذي يكون فاشيا في جميع البلاد (15) بين جميع الناس (16) في أمر من الأمور، وقد عرفه ابن عابدين بقوله : «هو ما تعارفه عامة أهل البلاد سواء كان قديما أو حديثا» (17) وعرفه ابن فرحون بقوله «غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد» (18).

وينتظم هذا النوع كثيرا من الظواهر الإجتماعية المنتشرة في العالم كالاستصناع، فإن الناس قد احتاجوا إليه، ودرجوا عليه من قديم الزمان، ولا يخلو اليوم من التعامل به مكان، وأصبح جاريا في جميع الحاجات.

---

14) المدخل الفقهي العام : 2 / 847.

15) نقصد بجميع البلاد : البلاد الإسلامية إذ غيرها لا يبحث الإسلام عن أحكامها كما أنه لا يعول على عرفها.

16) لا مفهوم لجميع الناس بل إذا اشترك فيه غالبيتهم يكون عرفا عاما.

17) نشر العرف مخطوط.

18) التبصرة : 2 / 57.

وكذا بيع المعاطاة، وتأجيل جانب من المهر، وتقسيمه إلى معجل ومؤجل، واعتبار الأدوات المتعلقة بالسيارة أو الدراجة اللازمة لها، وتعارف الناس اسم الطلاق في ازالة العصمة، وتحديد حمل الطائرة بمقدار معين (عرف دولي)، واستعمال كمية مجهولة من الماء بأجرة محددة، واباحة تناول الثمار الساقطة من أشجار الشوارع العامة أو المساجد والمقابر، وتعارفهم وضع اليد المدة الطويلة دليل الملك، وأن دخول المساجد بالأحذية تحقير لها، وتعارفهم عند إهداء طعام في إناء أن يرد الإناء إلى صاحبه، وغير ذلك...

العرف الخــــاص :

هو الذي يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بفئة من الناس دون أخرى، وهذا العرف متنوع كثير ومتجدد لا تحصى صوره، ولا تقف عند حد، لأن مصالح الناس واحتياجاتهم وعلاقاتهم متجددة أبدا، مثل : عرف التجار فيما يعد عيبا وما لا يعد كذلك، وعرف المحامين في تأجيل بعض الأجور أو تعليقها على نجاح الدعوى، وتوصيل الراكب في السيارة من بلدة إلى بيته الخاص أو حمله منه، وتعارف التقسيط في البيوع، ودفع أجرة المحل أو البيت إذا اتفق على تجديدها ولم يتفق على دفعها فينصرف إلى المشاهرة عند بعض الناس، وإلى المسانهة عند آخرين، وألفاظ الوقف والوصايا وَالأيمَانِ وما إلى ذلك، وعرف الناس في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطا إلى عدد معلوم من الاقساط...

وقد أضاف بعضهم إلى هذه الأنواع نوعا خامسا وهو : العرف الشرعي ورآه قسما مستقلا خارجا عن الأنواع المذكورة.

وقد قسمه الولاتي (19) إلى قسمين :

أ ـ عرف الشارع القولي : مثل غلبة استعمال لفظ الصلاة في الأركان المخصوصة في عرف الشارع، فإن الشرع نقل لفظها من معناه الأصلي ـ وهو الدعاء بخير ـ إلى الأركان المخصوصة، حتى صار هو المتبادر إلى الذهن عند اطلاق اللفظ، وصار المعنى الأصلي كالمهجور.

ب ـ ومثال عرف الشارع الفعلي : الأذان علامة لدخول وقت الصلاة في عرف الشرع، لأن ألفاظ الشارع محمولة على عرفه كما ذكر ا بن دقيق العيد (20) وغيره (21).

فاللفظ محمول على عرف المخاطب وهو الشارع...

ففي خطاب الشرع يحمل على المعنى الشرعي لأنه عرفه، أى لأن المعنى الشرعي عرف الشارع (22).

بيد أن بعض الفقهاء لا يرون مسوغا لاضافة هذا القسم نوعا مستقلا، لأنه داخل ضمن العرف الخاص، ورغم ما قد يكون هناك من حسن التنويه به، إلا أن هذا لا يجعله يستقل دون نوعه (23).

---

19) هو أبو عبد الله محمد بن يحيى الولاتي الشنقيطي توفي في شعبان سنة 1330 هـ.

20) تقي الدين محمد بن علي بن وهب مطيع القشيري المعروف بابن دقيق العيد القوصي المتوفى سنة : 702 هـ.

21) أحكام الأحكام : 1 / 221.

22) حسام العدل والإنصاف ص : 1.

23) نظرية العرف : ص : 34.

ومن آخر ما وقفت عليه من تقسيمات للعادة، ما ورد في كتاب «البادية» للشيخ محمد المامي الشنكيطي : (24) أن العادة تنقسم إلى ما يلي :

1 ـ العادة الواجبة المنظور بها.

2 ـ العادة المندوبة المنظور بها.

3 ـ العادة المكروهة المنظور بها.

4 ـ العادة الحرام المنظور بها.

5 ـ العادة غير الكسبية الخاصة بالإنسان المنظور بها.

6 ـ العادة الخاصة بغيره كذلك.

7 ـ العادة الشاملة لهما كذلك.

وقد مثل للأولى بالعمل بالمرجوح إذا تحققت المصلحة واستند إلى مجتهد ترجيح، ووافق قولا ولو شاذا، والحرف المهمة وبعث الأميين إلى المكتب لتعلم فرض العين أو غيره إن لم يقم به غيرهم، ونقط المصحف وشكله، ومثل للعادة الحرام بالتحليف في المصاحف وعند أضرحة المشايخ، والتغليظ في اليمين، والعمل بالشاذ في «العمليات» والإجارة بمجهول، وكل جائز فيه ذريعة إلى حرام واتخذ عادة كبيوع الآجال، والدخول قبل الإشهاد، ومثل للعادة المكروهة بكل عمل مكروه اتخذ عادة كخصوص الأيام الفاضلة والليالي الفاضلة بنوع من العادات، وكالزيادة على الحدود في المستحبات كالمعقبات. ومثل لعادة الندب بكل مندوب اتخذ عادة كلبسة الأئمة والتراويح، وكل عادة اتخذها

24) أبو عبد الله محمد المامي بن البخاري الشنقيطي سنة 1282 هـ.

الصحابة (ض) في زمنه صلى الله عليه وسلم، وهذه هي العادة التي يقال فيما جاز منها : العادة كالشرط ما لم تخالفه، ويقال فيها : العادة كالشرط، تخصص العام وتقيد المطلق، ومثل للعادة غير الكسبية الخاصة بالإنسان : بعادة الحيض التي بنيت عليها أحكام العبادة من صلاة وقراءة وعدة...

ومثل للعادة الشاملة للإنسان وغيره : بالسلامة من عيوب البيع التي بنى عليها الرد به، وأما العادة الواقعة في غير الإنسان فقط فقد مثل لها بمقارنة مغير الماء...

ثم نبه على أن كل عادة وقعت في زمن النبي (ص) تسمى سنة وأصلا يقاس عليه، ولا ينبغي أن يطلق عليها العادة المتجددة، وإنما العادة ما وقع بعده صلى الله عليه وسلم، وتكرر وقوعه (25).

كما بين أن العادة قد تكون منظورا فيها بغيرها، فلا تكون إلا بدعة فينظر فيها حينئذ بالدليل الشرعي، الذي ينظر به في البدعة فما شملها دليله من أحكام الشرع الخمسة ردت إليه، ولا تكون إلا كسبية لأن غير الكسبي لا ينظر فيه، إذ لا يكون واجبا ولا مندوبا ولا جائزا ولا مكروها ولا ممنوعا.

وهذه العادة كالشرط ما لم تخالفه، لأنها تعتريها أحكام الشرع فقط. وقد تكون العادة منظورا فيها، فلا تختص بأحكام الشرع الخمسة، بل تعم ما سبق من الكسبي وغيره.

والعادة بهذا الاعتبار هي الكثيرة في الفقه، وهي التي يقال فيها : العادة محكمة، ويقال فيها العادة كالشرع، ولو خالفته وهي المرادة

---

25) كتاب البادية ص : 15 مخطوط.

بقولهم : لا يجوز للقاضي أن يقضي حتى يسأل عن عرف البلد (26) وقد أطال في ضرب الأمثلة ونحن اقتصرنا فقط على تلخيص مجمل ما ورد في ذلك...

التقسيم الطبيعي للعـــرف :

بعد استعراضنا لأنواع العرف وتقسيماته يتبين لنا أن العرف ـ عمليا ـ ينقسم إلى قسمين :

فهو إما أن يكون مناقضا لما جاءت به الشريعة من أصول ومبادىء، أو لا يكون كذلك.

فإن كان مناقضا لها ولأحكامها الثابتة التي لا تتغير، كان عرفا فاسدا لا يلتفت إليه، بل يجب الغاؤه لا اعتباره، وذلك كتعارف الناس التعامل بالربا والاتجار في الخمور وشربها، وتركهم الصلاة وما اعتادوه في أفراحهم ومآتمهم وحياتهم مما ينافي الشرع، وغير ذلك.

وإن كان لا يناقض شيئا من ذلك فهو عرف صحيح، كالمعاملات التي تعودها الناس، ولم يرد فيها نص إذا لم يكن فيها تحليل حرام أو تحريم حلال.

فرجعت هذه الأقسام كلها ـ في الحقيقة ـ إلى قسمين.

ولا يهم أكان العرف قوليا أم فعليا، عاما أم خاصا.

فالخاص يعمل به في دائرة خصوصيته، والعام يعمل به في نطاق عموميته كما سيأتي بيان ذلك...

---

26) المرجع السابق ص : 15.

المبحث الثاني : شروط اعتبار العـرف

اشترط الفقهاء في العرف، لكي يصبح له قوة الالزام والنفوذ والاعتبار شروطا لا بد من توافرها فيه.

ذلك أنه ليس كل عرف يصلح أن تبنى عليه الأحكام الفقهية، ويعتبر دليلا يرجع إليه الفقيه كلما أعوزه النص من كتاب أو سنة. بل العرف الذي اعتبره الفقهاء ـ على اختلاف مذاهبهم ـ دليلا لبناء الأحكام الشرعية عليه، هو ما توافرت فيه الشروط الآتية :

الشرط الأول : الاطراد والغلبـــة

لا بد في العرف المراد تحكيمه، أن يكون العمل به جاريا بين متعارفيه في جميع الحوادث، ولذلك قالوا : «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت» وعلى هذا الأساس ذهب الفقهاء ـ في البيع ـ إلى أنه لو باع شخص بنقود، والحال أنه في بلد اختلف فيه النقد، انصرف البيع إلى الأغلب، لأن الأغلب هنا هو المتعارف، فينصرف المطلق إليه، ويلغى في هذه الحالة العرف المشترك ولا يعمل به، ولا يبنى عليه حكم..

قال الحافظ السيوطي في «الأشباه والنظائر» : «إنما تعتبر العادة، إذا اطردت، فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف» (27).

---

27) ص : 65.

وكذلك لو غلبت المعاملة بجنس من العروض، أو نوع منه، انصرف الثمن إليه عند الاطلاق في الأصح (28).

أما إذا تساوت العادات فلا يعمل بواحدة منها.

فمثلا : لو وجد في بلد حصل فيه زواج بأن جهاز الأب لابنته من ماله يعتبر عارية، ووجد فيه عرف آخر بأنه يعتبر تمليكا وهدية، وتساوى العرفان، فقام الأب بتجهيز ابنته من ماله، وزفت إلى زوجها بهذا الجهاز، ثم حصل نزاع بينهما في أن هذا الجهاز عارية أو هبة، ولم يكن لأحدهما بينة تثبت ما ادعاه، لم يكن هذا العرف المشترك، دليلا ولا حجة لأحد الخصمين، نظرا لتعارضهما، إذ في هذه الحالة يكون العمل بأحدهما من باب الترجيح بلا مرجح، وعندئذ لا يبنى الحكم على هذا العرف، ويرجع إلى الأصل، وهو اليمين، فيحلف الأب، لأنه المعطي، وهو أدرى بحقيقة ما أعطاه (29) لأن العادة لم تطرد فلم تعتبر في نظر المشرع.

وكذلك الحال في تقسيم المهر في النكاح إلى نقد وكالىء، إنما يتصور فيه اطراده في البلد إذا كان أهله قد تعارفوا هذا التقسيم في

---

28) نفس المصدر.

29) سلم وصون ص : 243.

جميع أنكحتهم. فاشتراط الاطراد أو الأغلبية في العرف، معناه : اشتراط الأغلبية العملية فيه ليكون محكما في الحوادث (30).

واطراد العرف أو غلبته لا يفهم منه أن يكون عاما. لأن عموم العرف غير اطراده (31) فقد يكون العرف عاما منتشرا في جميع البلاد. وقد يكون خاصا ببلد معين أو بين أهل حرفة مخصوصة دون سواها. بأن يكون العرف معروفا من أغلبية الناس. غير مقتصر على عدد معين منهم. وليس من اللازم أن يكون العرف شائعا بين الجميع. بل يمكن أن يكون خاصا باقليم معين. وهذا ما يسمى بالعرف الإقليمي أو المحلي...

وعليه. فصيغة الشمول والعموم في العرف : هي أقل قيمة مما توجد عليه في التشريع. والعرف يمكن أن يكون طائفيا يهم طائفة معينة. كطائفة التجار. أو الصناع. أو الصيادلة أو الأطباء...

واشترطت عمومية العرف. لأن العرف ينشىء قاعدة قانونية وحكما يجب العمل به. والقاعدة لا بد أن تكون عامة مجردة. فلا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته. أو إلى أشخاص معينين بالذات. وإنما تشمل الناس جميعا. ثم ينصرف الحكم إلى المجتمع ككل. أو فئة معينة

---

30) في هذه الحالة تعتبر التفرقة بين العادة والعرف ضرورية، وان اعتبرهما جل الفقهاء - واعتبرناهما معهم - شيئا واحدا، لأن العادة تسمى عرفا متى اعتادها أكثر القوم ولو كانوا لايجرون عليها إلا في أقل أعمالهم، أما إذا تساوى عملهم بها وعدمه سميت عرفا مشتركا، وهو لا يعتبر في معاملات الناس، ولا يصلح مستندا ودليلا للرجوع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة كما قدمنا في المثال الأول، لأن عمل القوم به أحيانا إذا صلح دليلا على قصدهم إلى تحكيمه، فتركهم له أحيانا مماثلة أو أكثر ينقض هذه الدلالة...

انظر المدخل الفقهي العام : 2 / 875 والعرف والعادة ص : 57.

31) المدخل الفقهي العام : 2 / 875.

من الناس فقط، دون أن يفقد صفة العمومية، فالعرف الخاص بطائفة التجار أو المزارعين أو أصحاب مهنة من المهن، هو عرف عام، لأنه يعم جميع أفراد الطائفة، فيطلق عليه عرفا مهنيا، أو طائفيا (32).

فالعرف ـ عاما كان أو خاصا ـ يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات المطلقة أن يكون في محيطه مطردا أو غالبا على أعمال أهله (33)، فهم يريدون بالعموم عمومه في المكان الذي يقع فيه، أو بالنسبة للأشخاص الذين صدر عنهم العمل بصفاتهم، كالعرف الصناعي أو العرف المهني (34) فإن اختل هذا الشرط فإنه لا يعتبر، إذ ـ كما يقول الدكتور محمد فاروق النبهان ـ : «لو كان عرفا محدودا ضيقا يؤخذ به أحيانا فإنه في هذه الحالة لا يمكن اعتباره ولا اعتماده» (35).

وأصل هذا الشرط مأخوذ من قول القرافي، فقد ورد في الأحكام أنه «لا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك، فإن ذلك نشأ من دراسة المذهب وقراءته والمناظرة عنه، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك العصر لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى» (36).

الشرط الثاني : عدم مخالفته لنص شرعـــي

يعتبر هذا الشرط ضروريا وأساسيا، إذ العرف لا يقوى قوة النص، ورد في «المبسوط» أن كل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر (37)

32) المدخل للعلوم القانونية للدكتور توفيق فرج ص : 132.
33) المدخل الفقهي العام : 2 / 875.
34) أصول الفقه لشلبي ص : 333.
35) مبادىء الثقافة الإسلامية ص : 272.
36) الأحكام في تمييز الفتاوي من الأحكام ص : 71.
37) ج 12 / 196.

وهذا الرأى غالب على الفقهاء عموما فالمبدأ العام أنه مهما ترتب على العمل بالعرف تعطيل نص شرعي قطعي الورود في الشريعة، لم يكن للعرف اعتبار، إذ النص الشرعي مقدم على العرف، غير أنه يستثنى من ذلك النص الذى ورد معللا بالعرف ومبنيا عليه، ففي هذه الحالة تبقى للعرف قوته ويعمل بالعرف والنص توفيقا، بمعنى أنه اذا أثبت العرف حكما مخالفا لما أثبته النص، يعمل بالنص ويترك العرف المخالف ولا يعتد به، لأن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأضعف.

فالعمل بالعرف المخالف للنص لا يجوز إذا كان يلزم من العمل به ا بطال الحكم الشرعي الثابت بالنص لئلا يكون العرف قاضيا على النص، وهذا إنما يكون إذا خالفه من كل وجه، بحيث إذا عمل بالعرف لزم منه ترك النص وعدم العمل به، مثل تعارف الناس كثيرا من المحرمات شرعا، كالربا ولعب الميسر وشرب الخمر، وغير ذلك من المحرمات التي نص عليها الشارع.

وأما إذا لم يكن العرف مخالفا للنص من كل وجه، ولم يكن مبطلا للحكم الذي أثبته، كما إذا كان النص الشرعي عاما، والعرف خاصا فإن خالفه في بعض أفراده، فإنه يعمل بالعرف والنص معا، ويكون العرف مخصصا للنص العام لا مبطلا له، مثاله : أن النص ورد من الشارع في نهي الإنسان عن أن يبيع ما ليس عنده، وجوز الفقهاء الاسنصناع لعرف الناس وتعاملهم به، مع أن النص يشمله، إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الانسان، فهو نهي عنه بالنص فقد عمل بمقتضى النص في غير الاستصناع، وعمل بالعرف في الاسنصناع فلم يلزم من العمل

بالعرف المخالف للنص ترك النص. والعمل بالمتعارضين ولو من وجه أولى من الغاء أحدهما (38).

وعليه. فالنصوص الآمرة. لا يقوى العرف على الغائها. بحيث لو اصطدمت الأعراف بالنصوص الشرعية الثابتة. فعندئذ تقدم النصوص على الأعراف. لئلا يؤدى مراعاة العرف إلى اهدارها. ولهذا جاء الإسلام بالغاء كثير من الأعراف التي كانت متبعة لدى العرب قبل الإسلام. مثل عادة التبني. واسترقاق المدين. ونكاح الشغار. وحرمان النساء من الميراث. وعادات الحلف بالطلاق وغيرها (39) واستثنى بعضهم العرف التجارى. لأن القانون التجارى في الحقيقة عبارة عن تقنين للعادات التي اصطلح عليها التجار فيما بينهم ومع ذلك. فهذا الاستثناء لا يسلم من النقد والمعارضة. وتبقى النصوص المفسرة للتشريع أو المكملة له فيقوى على مخالفتها (40) وقد خالف أبو يوسف الحنفي رأى جمهور الفقهاء ـ ذاهبا إلى أنه عندما يكون النص مبنيا على العرف العام. فإنه يعمل بالعرف (41).

وعلى كل حال. فإن الأعراف المعتبرة هي التي توافق الأدلة الأصولية المعتبرة. أما ما ورد منها على خلافها أو على خلاف روح الشريعة. فهي مردودة. وسيأتي مزيد تفصيل لهذا الشرط في فصل «معارضة العرف للدليل».

---

38) حاشية البناني : 2 / 361.
39) فلسفة التشريع لصبحي محمصاني ص : 269 ـ ومبادىء الثقافة الإسلامية للدكتور فاروق النبهان ص : 272.
40) أصول الفقه لشلبي 333.
41) فلسفة التشريع 268.

الشرط الثالث : عدم معارضة العرف بتصريح يخالفه، كالشرط مثلا. فإذا وجد نص أو شرط لأحد المتعاقدين وجب العمل بمقتضى النص أو الشرط ـ ما دام الشرط صحيحا. ولا يلتفت إلى العرف، إذ لا عبرة للعرف إذا وجد نص على خلافه. فلو فرضنا أن مصاريف تسجيل عقد من العقود مثلا تعارفها الناس على المشترى، واتفق المتعاقدان على أن يكون ذلك على البائع، عمل بهذا الاتفاق. ولا عبرة بالعرف لأن المومنين عند شروطهم ـ ما دام الشرط لم يحل حراما أو يحرم حلالا كما ورد في الحديث، لأن العرف بمنزلة الشرط الضمني، فإذن هو مردود بوجود النص الصريح (42).

ولأن العرف يتدخل عند سكوت المتعاقدين عن تفاصيل العقد، فلو اتفق على تفاصيله، لأخذ بما تم الاتفاق عليه ولو خالف الأعراف القائمة (43) ونلاحظ أن هذا الشرط المعتبر في العرف هو الذي يقيد قاعدة الفقهاء المشهورة وهي : «المعروف عرفا كالمشروط شرطا» فعلة تنزيل الأمر المتعارف منزلة الشرط، هي أن سكوت المتعاقدين عن الأمر المتعارف، وعدم اشتراطهم اياه صراحة يعتبر واقعا منهم اعتمادا على العرف الجارى (44). فإثبات الحكم المتعارف في هذه الحال إنما هو من قبيل الدلالة، فلو صرح بخلافه لبطلت هذه الدلالة. والمعروف أن من القواعد المقررة لدى الفقهاء أنه «لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح»

42) فلسفة التشريع ص : 268، وسلم الوصول 244 ـ 245.
43) مبادىء الثقافة الإسلامية ص : 272.
44) المدخل الفقهي العام : 2 / 879.

(45) يقول العز بن عبد السلام (46) الشافعي «كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد. ويمكن الوفاء به صح. فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة للزمه ذلك. ولو شرط عليه أن يعمل شهرا في الليل والنهار بحيث لا ينام ليلا ولا نهارا فالذي أراه بطلان هذه الاجارة لتعذر الوفاء به. فكان ذلك غررا لا تمس الحاجة إليه» (47).

وورد في المجلة أن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفا لنص أو شرط لأحد المتعاقدين. فلو استأجر شخص أجيرا للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء. بحجة أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة (48).

وتتنزل القرينة العرفية منزلة الشرط. فلو أن امرأة أقامت بينة عند التنازع في الجهاز على ما هو من خصائص الرجال، أو أقام الرجل بينة على ما هو من خصائص النساء، فإنه يقضى بها وتقدم على العرف وعلى هذا يتنزل قول العز ابن عبد السلام أن البينات أقوى من الظن المستفاد من هذه الجهات. ومدرك هذا الشرط أن دلالة العرف أضعف من دلالة اللفظ. فيترجح عند المعارضة (49).

---

45) المصدر السابق.

46) أبو محمد عبد العزيز ابن عبد السلام الإمام المجتهد. انظر ترجمته في شرف الطالب ص : 73.

47) الأحكام 2 / 178.

48) العرف والعادة ص : 67.

49) المصدر.

الشرط الرابع : قدم العرف المراد تحكيمه

بمعنى أن يكون العرف سابقا ومقارنا لزمن الشيء الذي يحمل على العرف. فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارىء على العقد. أو التصرف الذي يراد فيه الاحتكام إلى العرف. وفي هذا يقول القرافي : «إنما يعتبر من العادات ما كان مقارنا لها. فكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات» (50) ويضيف بأن «العوائد الطارئة بعد النطق. لا يقضى بها على النطق. فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة. ونظيره إذا وقع العقد في البيع. فإن الثمن يكمل على العادة الحاضرة في النقد. وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقولات لا عبرة به في هذا البيع المتقدم. وكذلك النذور والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر» (51).

فلو وقع الإتفاق على ثمن المبيع بدراهم أو دنانير في بلدة اختلفت فيها النقود. كان البيع منصرفا إلى النقد المعروف بين الجميع. وإلى العرف الغالب حين البيع. وليس الى ما يطرأ بعد ذلك من اختلاف أو تغيير (52). وعبارات الواقفين وشروطهم في صحيح أوقافهم. ونصوص الوثائق. وألفاظ الحجج في العقود والتصرفات وما دون فيها من قيود واطلاقات والتزامات واشتراطات. وما جاء فيها من اصطلاحات يراعى في فهمها وتفسيرها العرف الذي كان قائما وقت صدور العقود وانشاء التصرفات. لأن كل عاقد أو متصرف بل كل متكلم انما يتكلم بحسب

---

50) تنقيح الفصول ص : 94.

51) المصدر.

52) فلسفة التشريع ص : 268.

عرفه، وإنما يقصد من كلامه ما يتعارفه. فلا يلتفت إلى العرف الحادث بعد انشاء العقد أو التصرف (53).

فالعرف إنما يعمل فيما يوجد بعده لا فيما وجد قبله.

ثم إن هذا الشرط كما يشمل العرف اللفظي، يشمل كذلك العرف العملي، ففي العرف اللفظي ينصرف كلام المتعاقد أو المتصرف بإرادة منفردة إلى معانيه العرفية دون معانيه اللغوية بشرط أن يكون هذا العرف قائما حين صدور هذه التصرفات من أصحابها. فلو تغير العرف بعد ذلك في مفاهيم تلك الألفاظ والتراكيب، فلا عبرة بالعرف الحادث في تفسير التصرفات القولية الواقعة في ظل العرف القديم. فالنصوص التشريعية يجب أن تفهم بحسب مدلولاتها اللغوية والعرفية في عصر صدور النص، لأنها هي مراد الشارع، ولا عبرة بتبدل مفاهيم الألفاظ في الأعراف الزمنية المتأخرة، وإلا لم يستقر للنص التشريعي معنى، فمثلا لفظ «في سبيل الله» من آية مصارف الزكاة له معنى عرفي إذ ذاك هو مصالح الجهاد الشرعي، أو سبيل الخيرات مطلقا على اختلاف بين العلماء في ذلك، ولفظ «ابن السبيل» فيها أيضا معناه العرفي من ينقطع من الناس في السفر. فإذا تبدل عرف الناس في شيء من هذه التعابير فأصبح مثلا معنى «سبيل الله» طلب العلم خاصة، وأصبح معنى «ابن السبيل» الطفل اللقيط الذي لا يعرف له أهل، فإن النص التشريعي يظل محمولا على معناه العرفي الأول، عند صدوره ومعمولا به في حدود ذلك المعنى، لأنه هو مراد الشارع ولا عبرة للمعاني العرفية أو الاصطلاحية الحادثة

53) سلم الوصول ص : 245.

بعد ورود النص (54). يقول الإمام القرافي : «دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة، لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ، فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة، ولا عبرة في هذا البيع لتبدل العادات بعده في النقود، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات» (55).

هذا عن العرف اللفظي، أما عن العرف العملي فيعتبر في كل تصرف من الأعراف المؤثرة فيه ما كان موجودا عند التصرف دون الحادث بعده، فلو تبدل عرف الناس مثلا فيما يعد عيبا في المبيع أو فيما يدخل في البيع تبعا للمبيع، أو في تقسيط أجرة العقارات المؤجرة، أو في كون سنة الإيجار قمرية أو شمسية، أو في تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل، إلى غير ذلك من الشؤون، فإن العرف الحادث لا يسرى على التصرفات السابقة، ولا يبدل شيئا من أحكامها والتزاماتها، وإنما تخضع له التصرفات الجديدة الواقعة في ظله (56).

تلك هي الشروط التي اشترطوها لاعتبار العرف وتحكيمه في جميع التصرفات والالتزامات، بحيث لو فقد شرط منها، لم يبق للعرف تلك الصلاحية، ولا يعتد به في الأحكام.

وهذا في نظر فقهاء الشريعة.

ويشترط بعض القانونيين المعاصرين في العرف شروطا غير هذه التي سبق ذكرها، منها مثلا :

---

54) المدخل الفقهي العام 2 / 878.

55) شرح تنقيح الفصول 194.

56) المدخل الفقهي العام 2 / 878 ـ 879.

أن يكون العرف مطابقا للنظام العام والآداب في المجتمع. فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام مثلا. كما هو الشأن بالنسبة لعادة الأخذ بالثأر في بعض الأقاليم. فإنه لا ينشأ عنها عرف ملزم قانونا. لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع. وهي : أن الدولة هي التي تتولى القصاص من الأفراد الذين يعتدون على حياة الغير. كما يشترط فيه كذلك أن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترامه. وأن مخالفته تستوجب توقيع الجزاء عليهم.

وهذا الشعور بالالزام شرط جوهرى لتكوين العرف. وإذا ما استقر لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة. فإنه يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية واجبة الاحترام (57).

وقد ذكر الشيخ أبو سنة من الشروط المعتبرة في العرف ستة شروط وعد منها عمومية العرف : بأن يكون العرف عاما في جميع بلاد الإسلام (58) ونرى أن هذا الشرط يمكن ارجاعه إلى الشرط الأول الذي ذكرناه، وهو : الاطراد والغلبة. ولا معنى لجعله شرطا مستقلا. بل ما يناقض هذا، هو كون الشرط الخاص يعمل به في نطاق خصوصيته كالعرف الخاص بطائفة معينة.

---

57) انظر المدخل لدراسة القانون لميكو ص : 337.

58) انظر العرف والعادة ص : 58.

الفصل الثالث

سلطان العرف وقوته

لاشك أن للعرف في نظر الشرع الإسلامي قيمة تشريعية كبرى، حيث يعد مستندا قويا وعظيما لكثير من الأحكام العملية بين الناس في شتى مجالاتهم الحياتية كما أن له سلطانا واسعا في استنباط الأحكام وتجددها أو تعديلها وتحديدها، اطلاقا أو تقييدا وقد كان العرف قبل الإسلام أساسا لكل مظهر من مظاهر العرب في حياتهم، من ديانة وأخلاق وتجارة ومعاملات، وقد دخلت بعض هذه العادات في التشريع الإسلامي من أبواب مختلفة. كبناء بعض الأحاديث عليها، أو سكوت النبي (ص) عن بعضها، كما دخلت من باب اجماع المجتهدين وباب الأدلة التشريعية الأخرى كالإستحسان والمصالح المرسلة.

ومن الطبيعي أن الأحكام عندما تبنى على العرف، فإنه يجب الرجوع إليه في تفسيرها وتفهم معانيها، كما يرجع إليه عندما تدعو الحاجة الطارئة، وعندما تسكت النصوص.

ذلك أن الأعراف والتقاليد التي تعتادها كل أمة وتتخذها منهاجا تسير عليه، يصبح لها في نفوس الأفراد احترام عظيم، وسلطان قوي، لأنها تصبح من ضروريات الحياة التي لا غنى لهم عنها، بل إنها تصبح لديهم بمثابة الدين احتراما وتقديسا، لأن العمل بكثرة تكراره يصير جزءا من كيان النفس، لا تستطيع التخلص منه، ولذلك قالوا : «العادة طبيعة ثانية» وقال الفقهاء : إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجا عظيما، لما لها من القوة والتغلغل في النفوس..

روى البخارى عن عائشة (ض) قالت : «إنما نزل أول ما نزل سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام نزل

الحلال والحرام. ولو نزل أول شيء : لا تشربوا الخمر لقالوا لا ندع الخمر أبدا. ولو نزل لا تزنوا لقالوا لا ندع الزنا أبدا» (1).

وتبدو هذه الظاهرة واضحة لدى المسنين. فهم أكثر الناس. تشبثا بالقديم رافضين كل جديد حتى ولو بدا القديم باطلا..

والعرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة. ثم يغدو نظاما معتبراً في نظر الشرع تدور عليه الأحكام والفتوى فيما يعرض للناس ويكشف عن مقصودهم ونياتهم وعموم كلامهم.

ففي اعتبار العرف. تسهيل على القضاء. لأنه يحل محل النصوص التفصيلية في الأحكام عند خفائها أو فقدانها. اعتمادا على مألوف الناس ومعهوداتهم في كثير من الوقائع الواقعة أو المتوقعة ويتفق الفقهاء المسلمون والقانونيون المعاصرون على أن النصوص لا تغنى عن العرف. إذ النصوص لا يمكنها أن تستوعب جميع الجزئيات والتفاصيل. وإلا لما كان هناك قياس ولا استحسان ولا مصادر أخرى معينة للنصوص هذا بالإضافة إلى أن كثيرا من تلك النصوص الآمرة مبنى على العرف. وهي تتبدل بتبدله. وقلما يخلو باب من أبواب الفقه من الاعتماد عليه حتى في الجرائم والعقوبات (2).

ففي جريمة التعدى على الكرامة الإنسانية من شتم واهانة إنما يعتبر من الكلام فيها ما يكون في عرف الناس شتما واهانة. للمقول فيه.

---

1) صحيح البخاري : 6 / 185.

2) فلسفة التشريع ص : 265.

فالشريعة الإسلامية تجعل الجاني مسؤولا عن الترك والامتناع إذا كان العرف يوجب على الشخص أن يعمل ولا يمتنع، وتعتبر العادة في التعازير، فهي تختلف باختلاف البلدان والعادات فما قد تبيحه سلطة تشريعية في بلد ما قد تحرمه سلطة أخرى في بلد آخر، وما قد تعاقب عليه سلطة تشريعية من وجه. قد تعاقب عليه سلطة أخرى من وجه آخر في بلد آخر (3).

ثم إن قوة العرف تظهر في تخصيصه النصوص العامة، فيحمل العام على ما يقتضيه العرف ويبنى عليه، مثل قوله عليه السلام : «لا قطع إلا في ربع دينار» فقيمة الدينار تخضع للتقدير المتعارف عليه عند الناس (4).

كما أن العرف يكون حجة في فهم الأدلة في خلق جريمة أو عقوبة خاصة (5).

والعقوبة التعزيرية نفسها - وهي التي لم يحدد الشارع لها مقدارا ولا نوعا، وإنما فوض الأمر فيها لرأي الحكام وأنظارهم حسب المصلحة في كل زمان، وحسبما تؤديه من تحقيق زجر الجاني - إنما تكون شرعا بالقدر الذي يعتبر كافيا للقمع والزجر في نظر العقلاء وعرفهم بحسب درجة الجرم، بحيث لا يكون أكثر مما يستدعيه الجرم المرتكب فتصبح

---

3) التشريع الجنائي الإسلامي ص : 132.

4) طبعا لم تتفق كل المذاهب ولا كل العلماء على تخصيص العرف للنصوص فبعضهم يعتبر في ذلك العرف القولي فقط، وبعضهم لا يعتبر إلا العرف الفعلي فقط، في حين لا تعتبر بعض المذاهب ذلك أصلا، كما هو الشأن بالنسبة للفقه الجعفري، فهم لا يعتبرون العرف من الأدلة الشرعية ليخصص به العام، إنما يعتمدون على العرف في تقسيم الدليل الشرعي اللازم حمله على المعنى العرفي (هامش التشريع الجنائي الإسلامي ص 320).

5) التشريع الجنائي الإسلامي ص : 132.

هي ظلما وجرما. ولا أقل فيكون فيها تهاون في حقوق الناس وتنتفي منها الرهبة الزاجرة. لأن القاعدة : «أن ما رتب عليه الشرع حكما ولم يحد فيه حدا يرجع فيه إلى العرف» (6) نقل ابن فرحون في التبصرة عن القرافي أن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار. فرب تعزير في بلد يكون إكراما في بلد آخر. كقطع الطيلسان ليس تعزيرا في الشام. فإنه إكرام. وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هوانا. وبمصر والعراق هوان» (7).

وإن المجتهدين المستنبطين للأحكام من القواعد العامة تأثروا إلى حد كبير بالوسط الذي كان يعيش فيه هؤلاء الناس. والعادات التي تكتنفهم. ذلك أن المجتهدين يعتقدون أن الأحكام التي أنزلها الله صالحة لكل زمان ومكان. وأن من أغراضها رفع الحرج عن الناس. فلو لم تتأثر الأحكام المبنية على العادات في استنباطها ببيئة الناس. ولو لم تكن مناسبة لظروفهم لشعر الناس بالضيق وصارت الشريعة مجانبة للغرض الذي بنيت عليه.

فالمجتهدون الذين عاشوا في أقاليم العراق والشام ومصر والمغرب.. تأثروا بعادات الفرس والروم والفراعنة والبربر التي كانت تكون حضاراتهم وقوانينهم. ومن هنا نرى اختلاف الفقهاء في استنباطهم للأحكام...

وليس معنى هذا أن العرف والظروف يتحكمان في النصوص الصريحة فتحمل المجتهدين على القول بحكم غير الذي تعطيه النصوص.

---

6) أحكام الأحكام لابن دقيق العيد. 2 / 299. ط دار الشعب.

7) التبصرة. 2 / 202.

بل معناه أن من النصوص ما هو قواعد عامة يمكن تطبيقها حسب ظروف الناس وأحوالهم، ومنها ما هو معلل بمصالح خاصة يمكن أن تدور الأحكام التي تشتمل عليها مع هذه المصالح (8).

وهذا التأثر قد يبدو واضحا في فقه المذاهب سواء من جهة الأحكام المستنبطة نفسها، أو من جهة تفريع الفروع كما في الفقه الحنفي الذي نشأ بالعراق، والفقه المالكي الذي نشأ بالحجاز، وقد كتب الإمام الشافعي مذهبا في العراق، ولما قدم مصر (199) اطلع فيها على عادات غير التي كان يعرفها في الحجاز والعراق، ورأى أحوالا غير الأحوال، فكان هذا مما دعاه إلى أن يعدل في كثير من اجتهاداته واستنباطاته (9).

وقد تدعو الحاجة إلى عادة من العادات، فتتفق الأمة على التعامل بها من غير نكير من أحد المجتهدين، فيكون ذلك إجماعا فعليا على جواز هذا الأمر وإن خالف الدليل باعتبار أصله (10).

وهكذا رأينا أن العادات كانت تعرض على المجتهدين في مختلف الأقطار، فطبقوا عليها مبادىء الفقه العامة، فما كان منها صالحا أقروه كتدوين الدواوين، فإنها كانت فارسية، وكثير من الفروع الواردة في بابي : الإجارة والبيوع، وما كان فيه نوع من العوج هذبوه كوضع الخراج على الأرض، فإن ذلك كان معروفا عند الفرس، وقد قبله عمر ومعه الصحابة بعد تعديل نظامه، وقد نص الأئمة على أن «العادة تقوم مقام الافصاح باللسان وتغنى عما أغفل رسمه بالبنان» (11).

---

8) العرف والعادة ص : 78.

9) المصدر.

10) العرف والعادة ص : 77.

11) حاشية المهدي الوزاني على التحفة : 1 / 199.

بل إن ابن رشد (12) قدم ما شهدت به العادة على شهادة الشهود في كثير من الأحكام (13) وإذا تعارض العرف مع الأصل قدم العرف لأنه أقوى منه (14).

وعلى أى حال فإن الافتاء والحكم طبقا للعرف أمر واضح في كثير من أبواب الفقه كالأيمان والأحباس والمساقاة والوصايا وفي مسائل كثيرة من البيوع والرهن والاجارة والشركة والقراض والأنكحة وغيرها (15).

وقد أورد ابن فرحون في التبصرة (16) أمثلة عدة روعي فيها العرف والعادة.

من ذلك اختلاف الزوجين في متاع البيت وهما في العصمة أو بعد طلاق أو وفاة وكان التداعي بين الورثة. أو مات أحدهما وكان التداعي بينه وبين ورثة الآخر. فإن الحكم في ذلك أن يُقْضَى للمرأة بما يعرف للنساء. وللرجال بما يعرف للرجال. طبقا للعرف المتبع. وكذا إذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن. فالأصل بقاء الثمن بيد المبتاع. وبقاء المبيع بيد البائع. ولا ينتقل ذلك إلا ببينة أو عرف. كالسلع التي جرت العادة أن المشترى يدفع ثمنها قبل أن يبين بها كاللحم والخضر ونحو ذلك. فيحكم في ذلك بالعرف والعادة (17).

---

12) هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي زعيم الفقهاء له مؤلفات جليلة ولد عام 455 وتوفي في ذي القعدة سنة 520 هـ.

13) المصدر السابق.

14) المصدر السابق.

15) شرح لامية الزقاق لعمر الفاسي ص: 308 ط. ف.

16) التبصرة : 2 / 67.

17) التبصرة : 2 / 60.

ومن ذلك الحكم بمقتضيات الألفاظ. يقول البائع بعتك هذه الأرض بكذا ولم يزد على هذا. فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والأشجار. وهذا بحكم العرف. ولفظ الشجر والدار يشمل الثوابت والرفوف والسلم المسمر والأشجار التي في الدار. لأن العرف قاض بهذا (18).

وقد سئل الإمام مالك (19) عن الناكح يلزمه أهل المرأة هدية العرس. وجل الناس تعمل به. حتى إنه لتكون فيه الخصومة. أترى أن يقضى به ؟ قال : «إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم. لم أر أن يطرح ذلك عنهم. إلا أن يتقدم فيه السلطان لأني أراه أمرا قد جروا عليه» (20).

وفي هذا يقول القرافي «كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه» (21) وقال في الفرق الثامن والعشرين : «إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت، كالنقود في المعاملات، والعيوب في العروض والمبيعات. فلو تغيرت العادة في النقدين والسكة إلى سكة أخرى. لحمل الثمن في البيع عند الاطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها. وكذلك إذا كان الشيء عيبا في الثياب في العادة رددنا به المبيع فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوبا لم يرد به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على

---

18) المصدر.

19) الإمام الأعظم أبو عبد الله مالك ابن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث ابن غيمان بن جثيل بن عمرو بن ذى أصبح الأصبحي المدني إمام دار الهجرة رضي الله عنه توفي عام 179 هـ.

20) التبصرة 2 / 62.

21) الفروق : 1 / 76 وتهذيب الفروق على هامشه 1 / 82.

العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا اختلاف فيه. بل قد يقع الخلاف في تحقيقه» (22).

ومن حلف بالأيمان اللازمة وحنث فيعتبر في ذلك عرف الحالف لا عرف المفتى. فلو دخل المفتى بلدا لا يكون عرفهم فيه أن يراد به الطلاق الثلاث لم يجز له أن يفتي فيه بذلك. ولا يحل للمفتي أن يفتي بما يتوقف على العرف إلا بعد معرفة العرف. ولو تغير العرف لتغير الجواب. وهذا من الأمر المهم معرفته (23).

ونقل الونشريسي في المعيار (24) الاجماع على أن الفتاوى تختلف باختلاف العوائد.

فيجب على المفتي أن ينظر في مقاصد الناس ومقتضى خطاباتهم فيبنى عليها الحكم. ويرتب عليها الجواب. وكل من ينظر إلى الروايات فيفتى فيما تختلف فيه الأحكام باختلاف المقاصد والعوائد. فقد أخطأ. وكان ذلك منه فسقا إن علم ذلك وقصده (25).

وفي جواب لابن منظور ورد فيه «أن أحكام الأقضية والفتاوى تتبع عوائد الأزمان وعرف أهلها» (26).

ونظم ذلك صاحب العمل الفاسي فقال :

واعتبر الأعراف في الفتوى وفــي ... الحكم لكن بانتفائها نفــى

22) الفروق : 1 / 176.
23) المصدر نفسه 2 / 71.
24) المعيار : 8 / 290.
25) تهذيب الفروق : 1 / 49 وتحفة الأكياس : 1 / 48.
26) تحفة الأكياس 1 / 48.

وقد أثبت العقباني أن كثيرا من مسائل الفقه يجرى الحكم فيها على مقصود أهل العرف، وإن كانت الألفاظ على خلاف ذلك (27) وسبق أن ذكرنا أن ابن العربي اعتبر العرف والعادة أصلا من أصول الشريعة يقضى بهما في الأحكام (28).

ثم إن قوة العرف يتدخل في حياة الناس جميعا سواء في ألفاظهم أو أفعالهم ومعاملاتهم.

1 - فمن حيث اللفظ : يحمل كلام كل متكلم على عرفه (29) فينصرف اللفظ إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم ولو خالف المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة، إذ أن العرف الطارىء نقل تلك الألفاظ إلى معاني أخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ في مقابل الحقيقة اللغوية. فالعادة في اللفظ : أن يغلب استعمال لفظ في معنى حتى يصير هو الحقيقة العرفية والمجاز الراجح (30).

فلو صرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم، لترتب عليه الزام المتكلم في عقوده، واقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه، وعلى هذا تتنزل قاعدة الفقهاء القائلة : «الحقيقة تترك بدلالة العادة» وكذا قولهم «يحمل كلام الحالف والناذر والموصي والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه وإن خالف لغة العرب والشارع» فقد يكون معنى

---

27) شرح السجلماسي : 1 / 62.

28) أحكام القرآن : 4 / 1842.

29) شرح تنقيح الفصول : 211.

30) حسام العدل والإنصاف ص : 2.

الكلام في أصل اللغة عقدا ملزما فيصبح في العرف زجرا لا دلالة له. فالعبرة إنما هي للمعنى العرفي حين التكلم، لتثبت الأحكام والالتزامات على وفقه ومقتضاه. وقد طبق الفقهاء على هذا الأساس أحكاما كثيرة، منها : لو حلف المرء لا يجلس على بساط فجلس على الأرض، أو حلف لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء، أو لا يستضيء بسراج فاستضاء بالشمس، أو لا يأكل لحما فأكل سمكا لم يحنث في شيء من ذلك، وإن سمى القرآن الأرض بساطا في قوله تعالى :**«والله جعل لكم الأرض بساطا»** (31) والشمس سراجا في قوله تعالى : **«وجعل الشمس سراجا»** (32) والسمك لحما في قوله تعالى : **«وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا»** (33) لأن ذكر هذه الأسماء في الكتاب الكريم لم يرد به الزام الناس باستعمال هذه الألفاظ في تلك المعاني، بل هو في باب التسمية للدلالة على المعاني المقصودة بهذه الأسماء (34) ولو حلف الإنسان، لا يضع قدمه في دار فلان انصرفت اليمين إلى معنى دخول الدار لأنه المعنى العرفي، لا إلى مجرد وضع القدم الذي هو الحقيقة اللغوية، فلو دخلها راكبا دون أن تمس قدمه أرضا يحنث في يمينه شرعا، وتجب عليه الكفارة ولو مد رجله من خارجها فوضعها فيها دون أن يدخل لا يحنث ومن هذا القبيل : اطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى، وتعارف الناس اطلاق اللحم على غير لحم السمك (35).

---

31) سورة نوح : 19.
32) سورة نوح : 16.
33) سورة النحل : 14.
34) أصول التشريع الإسلامي لحسب الله ص : 311.
35) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ص : 145.

ولو قال شخص والله لاركبت دابة. وكان في بلد عرفهم في لفظ الدابة الحمار خاصة اختصت يمينه به. ولا يحنث بركوب الفرس ولا الجمل.

وقد جرى عرف المغاربة أن الرجل منهم إذا حلف فإن حلفه ينصرف إلى طلاق زوجته. وجرى بذلك عملهم كما ذكر ذلك أبو زيد الفاسي (36) في عملياته (37) فينبغي أن يفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ويفتى كل واحد بحسب عادته.

فاتضح من خلال الأمثلة أن العرف اللفظي بصفة عامة تتألف به لغة جديدة تكون هي المعتبرة في تنزيل. كلام الناس عليها وتحديد ما يترتب على تصرفاتهم القولية من حقوق وواجبات بحسب المعاني العرفية. واللغة العامية في كل مكان من هذا القبيل. فيحمل كلام الناس فيها على معناه المتعارف بينهم.

2 ـ ومن حيث العرف العملي أو الفعلي. نلاحظ أنه في ميدان الأفعال العادية والمعاملات المدنية له السلطان المطلق والسيادة التامة في فرض الأحكام. وتقييد آثار العقود وتحرير الالتزامات على وفق المتعارف. وذلك في كل موطن لا يصادم فيه العرف نصا تشريعيا (38).

---

36) أبو زيد عبد الرحمان بن عبد القادر بن علي الفاسي مؤلف مكثر نعته والده بسيوطي زمانه ولد عام 1040 هـ وتوفي سنة 1096 هـ.

37) إذ جاء فيها وفي اليمين طلقة رجعية إذ هي قد حصلت الماهية انظر شرح السجلماسي : 1 / 39. ط. ف.

38) المدخل الفقهي العام : 2 / 857.

فالعرف العملي يعتبر مرجعا للأحكام، ودليلا شرعيا عليها حيث لا دليل سواه من النصوص التشريعية الأساسية. ونحب أن نوضح هنا أن العرف الفعلي قسمان :

أ ـ عرف الأفعال العادية.

ب ـ عرف المعاملات المدنية.

ونورد في ما يلي طائفة من الأمثلة ذهب فيها الفقهاء إلى اعتبار العرف العملي عاديا وعمليا.

فعن أمثلة القسم الاول : نلاحظ أن أفعال الناس العادية ولو أنها شخصية وليست من قبيل المعاملات. فإنها إذا ألفها الفرد وجرى عليها في حياته يصبح لها سلطان وتأثير في توجيه الأحكام العملية التي تتصل بتلك الأفعال.

فلو وكل إنسان وكيلا لشراء لحم أو خبز أو ثوب مثلا تقيد عقد الوكالة بنوع اللحم أو الخبز المعتاد أكله. وبالثوب المعتاد لبسه فإذا اشترى له نوعا آخر غير معتاد لا يسرى الشراء على الموكل. بل يلتزم به الوكيل.

ومنها نفقة الزوجة تجب على زوجها بالقدر المتعارف المعتاد بين أمثالها وبحسب حالهما غنى وفقرا. يراعى في ذلك حال الزوجة وحال الزوج، وحالة الوسط الذي يعيشان فيه. فالأغنياء يعطاهن نفقة الأغنياء. والفقراء نفقة الفقراء وهكذا. ولهذا يقول ابن العربي في الأحكام : ان المرأة الشريفة إذا امتنعت من إرضاع ولدها فلا يلزمها ذلك نظرا للعرف

(39) ولو استأجر إنسان دابة ليحمل عليها، فلا يجوز أن يحملها إلا القدر المعتاد مما لا يضرها، ولا يجوز له أن يحملها أكثر من طاقتها المعتادة، فتدخل العادة في تقدير طاقتها، والاضمن إن نشأ عن ذلك ضرر يلحق بها، ويعتبر في هذه الحالة متعديا (40).

وإن امرؤ استأجر دارا أو دكانا دون أن يبين نوع المنفعة المستأجر لأجلها، يصار في ذلك إلى تحكيم العرف والعادة في كيفية استعماله، وليس له الحق في أن يمارس فيه ما يلحق ضررا بالدار أو الدكان.

وقد دلت أبحاث الفقهاء على أنه لا يجوز لأحد له حق منفعة أن يتجاوز حقه إلى حد يضر بغيره، ولو حصل منه ذلك لضمن والمدرك في ذلك العرف، فهذه الأمثلة وغيرها كثير تبين لنا ما للعرف من حاكمية في الأفعال العادية من أكل وشرب ولباس وركوب وانتفاع، يقيد العقود ويحدد الالتزامات، لما تقرر من أن العادة محكمة (41) أى أن أحكام التصرفات تخضع لها، فتجرى تلك الأحكام على وفق ما تقضي به العادة والعرف.

ومن أمثلة القسم الثانى : (أى عرف الناس في معاملاتهم المدنية) ما قرره الفقهاء من أنه يجوز للصديق في بيت صديقه أن يأكل مما يجده أمامه، وأن يستعمل بعض الأدوات للشرب ونحوه بلا اذن صاحبه، لأن ذلك مباح له عرفا، وقد قدمنا سابقا أن الإمام السهيلي اعتبر

---

39) أحكام القرآن : 4 / 1840.

40) المنتقى : 5 / 264.

41) تحفة الأكياس : 1 / 264.

شرب رسول الله (ص) من اناء القوم في حديث الاسراء بلا اذن جريا على العرف والعادة (42).

ولو كسر زبون اناء الشراب في المقاهي أو أتلف شيئا من أدواتها، فلا يلزمه ضمان ما تلف، اعتمادا على العرف الجارى بين الناس اليوم لأنه لا يعتبر متعديا.

وجوز الفقهاء للإنسان أن يأكل من ثمر البساتين المتروكة تحت الشجر بلا اذن صاحبها إذا كانت من الأنواع التي يسرع اليها الفساد، والعرف الجارى في كثير من البلدان أنه يباح للمرء أن يتناول من ثمار الأشجار بلا اذن صاحبها. فالعرف هنا ملاحظ في اباحة هذا النوع من المتناول.

واعتبروا النيابة العرفية تلزم النائب والمنوب عنه في شراء شيء أو أداء خدمة أو ما إليها. ففي جواب لأبي عبد الله النالي الغمارى عن سؤال يتعلق بقوم عادتهم إذا نزل بهم ضيف استضافوه ويقوم اثنان أو ثلاثة من أهل القرية أو من وجد منهم يشترى (البهيمة) على جميع أهل القرية الحاضر والغائب، القوى والضعيف، ويدعون أن ذلك مصلحة..

إن هذه المسألة يرجع فيها للعادة والعرف، لأن العادة، والعرف ركن من أركان الشريعة عند مالك وعامة أصحابه. ففي أحكام أبي المطرف الشعبي المالقي «الواجب أن ينظر إلى عرف أهل تلك النازلة وعاداتهم فإن كان عرفهم وعادتهم أن من اشترى شيئا على الجماعة لزم من غاب منهم ومن حضر، واستمرت عادتهم على ذلك، فيلزم الجماعة

---

42) الروض الأنف : 1 / 246.

المذكورة جميع ما يشترى عليهم، ويكون متولي الشراء عليهم كالوكيل على جميعهم، وإن لم تكن عادة عندهم، فالثمن على متولي الشراء، ولا يلزم الجماعة المذكورة شيء مما اشترى عليهم» (43)

ونقل المهدي الوزاني عن الفقيه ا بن عرضون أن الشيخ ا بن أ بي زيد سئل عن رجل من القبيلة اشترى فرسا من ا بن عمه ليهد يه إلى رئيس قبيلة لينصرهم على من بغى عليهم فيطلب البائع الثمن فيقول المشتري أنت تعلم أني ما اشتريته الا على الجماعة، ويقول البائع ما بعته الا منك، والعرف عندهم انما تكون الرشوة (44) على جميع القبيلة..

قال : «إن كان العرف عندهم أن شراء مثل هذا على الجماعة وأن المتولي للشراء وكيلهم، فلا يلزمه الا ما يلزمهم، وإن لم يكن ذلك فالثمن على متولى الشراء» (45).

قال الشريف العلمي (46) بعد أن نقل هذين الجوا بين، فإن كان وكيلا عليهم بتصريح منهم على توكيله أو عادة، فله الرجوع عليهم ولا يلزمه الا ما يلزمهم (47).

---

43) نوازل الشريف العلمي 2 / 156 ط. ف. والمعيار الجديد للوزاني 6 / 382 نوازل الوكالات.

44) هكذا سماها رشوة ولعل الأمر يتعلق بمسألة المضغوط في ماله لما نعلم ان الرشوة حرام بنص قطعي بما روى عن رسول الله (ص) قال : لعن الله الراشي والمرتشي والرائش بينهما.

45) نوازل العلمي : 2 / 156.

46) أبو الحسن على بن أبي مهدي عيسى العلمي الشفشاوني فقيه نوازلي المتوفي سنة 1121 هـ.

47) المصدر.

ونقل التسولي (48) عن المواق (49) أن قوما عادتهم إذا أغار العدو عليهم، فمن وجد فرسا لجاره ركبه لينجو بنفسه فلا ضمان عليه ان أخذه منه العدو (50).

وكذلك إذا واجر كبير القرية إماما للصلاة والعادة أنه كوكيلهم، فإن ذلك لازم لهم ويطالب بأدائها هو ثم يرجع عليهم، فإن لم تكن لهم عادة في ذلك فالشراء والاجارة لا زمان لمن عقدهما...

وبهذا يجمع بين فتاوى المتأخرين المختلفة في هذا الأصل.

كما يذكر الوزاني، فمنهم من أفتى بعدم لزوم الاجارة لغير من عقدها، ومنهم من أفتى بلزومها، وذلك لاختلاف العرف والعادة، فمن أفتى بعدم اللزوم يعنى حيث لا عرف، ومن أفتى باللزوم يعنى مع ثبوت العرف (51).

ومن هذا القبيل ما إذا كانت خصومة بين قبيلتين فيتصدى أكابر كل قبيلة للنزاع ومجالسة القضاة فيقضي عليهم ويغلبون ثم يقوم من كان صغيرا أو كبيرا ولم يحضر النزاع ويدعي أنه لم يوكل، فأفتى بعضهم بأنهم لا قيام لهم، لأن الكبراء وكلاء بالعادة، ولهذا يقول الفقهاء : إن الزوج وكيل بالعادة عن زوجته، وكذا الأخ عن أخته، كما في التحفة

---

48) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي مديدش فقيه نوازلي صاحب التاليف العديدة توفي عام 1258 هـ.

49) ابو عبد الله محمد بن يوسف الغرناطي الشهير بالمواق المتوفي في شعبان عام 897 هـ

50) المعيار الجديد : 6 / 382.

51) المصدر.

وغيرها (52) وقولهم إن الأب إذا مات وترك أولادا صغارا وكبارا. فالكبير وصي على الصغير بالعادة (53).

وفي أجوبة أحمد العباسي أن الجد وصي بالعادة في البلاد السوسية (54).

ونظير هذا عقود التعاطي التي أقر فيها الفقهاء انعقاد المعاوضات المالية بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ. فلو سأل راغب الشراء صاحب البضاعة عن سعرها فبينه له أو وجد سعرها مكتوبا عليها فدفعها له وأخذها ومضى، وكلاهما ساكت، فإن البيع منعقد بينهما شرعا. ويجرى هذا بكثرة في المبيعات التي تكون محددة الثمن معروفة القيمة. فنحن اليوم نأخذ الصحف من دكاكين أصحابها وندفع الثمن، من غير أن نتكلم مع بائعيها سواء وجدت داخل الدكاكين أو في الأزقة، ونذهب عند الجزار لشراء اللحم فندفع له الثمن بناء على ما يوجد أمامنا من تسعيرة اللحم المباع...

وهكذا في كثير من الأشياء المعروفة بين الناس أثمانها.

والعهدة في كل ذلك هو العرف العام الذي يعتبر القبض بعد معرفة الثمن في قوة التعبير عن الارادة بالايجاب والقبول في عادة الناس. وفي هذا يقول ابن هلال (55) نقلا عن الداودى (56) «جرى في

52) فالوكالة إما أن تكون بالنص وإما أن تكون بالعادة، انظر شرح ميارة للتحفة : 1 / 142. المعيار الجديد : 6 / 382.

53) أجوبة العباسي ص : 224 مخطوط السيد محمد حنانا.

54) أبو إسحاق إبراهيم بن هلال السجلماسي فقيه محدث توفي سنة 903 هـ على ما عند

55) صاحب شجرة النور الزكية ص : 268.

56) أبو العباس أحمد بن نصر الداودي المتوفى سنة 307 هـ.

هذا الباب جواز ما جرت به العادة في معاملات الجزار وبائع الفاكهة ودفع الثمن إليه ليعطيه ما يبيعه دون أن يساومه ويعرف كيف يبيع» (57).

وأجرة السمسار وكتابة العقود كل ذلك إذا سكت المتعاقدان فيه عن بيان ما يلتزم به كل منهما فقد اعتبر الفقهاء في ذلك العرف ويلزمهما بما تعورف عليه. وأيضا ما جرت به العادة أن بائع الشيء يلتزم بحمله إلى بيت المشترى عملا بالعرف (58) وكلما جرى عرف الناس على شراء أصل يكون تابعا للمشترى، يدخل في البيع بلا ذكر ويستحق بلا ثمن إضافي. كأن يشترى إنسان بقرة بحبلها ودارا بسلمها إن كان مثبتا فيها ومفتاحها وسيارة بجميع أدواتها الضرورية لها. ولو جهز الأب ابنته من ماله في زواجها ثم اختلف واياها في أن ما أخرجه لها كان على سبيل العارية فيحق له استرداده. أو كان على سبيل التمليك فهو لها. فالذى استقر عليه رأى الفقهاء في هذا الشأن هو تحكيم العرف بالنظر إلى عادة الناس وحال الأب من حيث الوجاهة وعدمها. فإذا كان العرف مستمرا أو غالبا أن مثل هذا الأب إنما يخرج مثل هذا الجهاز عادة على سبيل التمليك. فالقول للبنت. أما إذا كان في العادات الجارية أن مثل هذا الأب لا يخرج مثل هذا الجهاز تمليكا. فالقول للأب في أنه عارية فالعرف الذي كان يجرى بين الناس بفاس. أن الغني من أهلها كان يشور ابنته بمثلي صداق المدفوع لها من قبل الزوج. بأن يزيد على النقد مثله من ماله ويقضى عليه بتلك الزيادة إذا امتنع ووقع نزاع

---

(57) نوازل ابن هلال ص : 8م : 29.

(58) _ لا يزال هذا العرف مستعملا بكثرة في عديد من المدن المغربية.

بينه وبين زوج البنت بعد الدخول. وفي هذا يقول أبو زيد الفاسي :

وفي الشوار عرفهم مثلان ذكر في حاشية الجنان

ولو استؤجر خياط. فالخيط والابرة عليه عملا بالعرف.

ولو أعطى رجل ولده لصانع قصد تعليمه صنعة دون أن يشترط أحدهما أجرة لآخر. فبعد تعلم الصبي لو طالب أحدهما الآخر بأجرة يعمل بعرف البلدة وعادتها. فإن كان العرف يشهد للصانع حكم له بأجرة المثل. أي بالأجرة المعتادة لذلك التعليم. وإن كانت الأجرة عادة للصبي لزم الصانع دفعها له (59).

وكذلك جوز الفقهاء ما يسمونه خلو الحوانيت (60) وأجرة الدلال (61) والحمال والنجار من غير تسمية الأجرة. فإن الأجير يستحق من الأجرة ما جرت به العادة. وقل مثل ذلك في تقسيم الأشياء. ومعرفة المكيلات والموزونات والمزروعات. إنما يتوقف على العرف والعادة وتختلف باختلاف الأزمان والأمكنة. فإذا بيعت سلعة على أساس وزنها بالأرطال. انصرف تفسير الرطل إلى المتعارف في محل التعاقد أو التسليم وفاقا لنية المتعاقدين. فالرطل يختلف بحسب الأمكنة...

ومن مثل ما اتضح فيه العرف ما ذكر في المدونة أن ما يباع على النقد كالصرف. وما يباع في الأسواق كاللحم والفواكه والخضر والحنطة والزيت ونحو ذلك وقد انقلب به المبتاع. فالقول قوله أنه قد دفع الثمن مع يمينه. يصدق المشترى هاهنا في دفع الثمن لشهادة العادة له بصدقه.

---

59) انظر فلسفة التشريع ص : 269.

60) سيأتي الحديث عن مسألة خلو الحوانيت في فصل «التطبيقات».

61). سيأتي الحديث عنها أيضا في نفس الفصل المذكور.

قال : «المازرى» (62) : «وهذا لم يختلف فيه، لاتضاح العادة الدالة عليه، وهكذا ذكر «ابن رشد» أنه لا اختلاف في أن القول هنا قول المبتاع» (63).

قال أبو اسحاق التونسي (64) : «ما كان من الأشياء عادتها أن تقبض قبل دفع السلعة أو معها معا. فإذا قبض المشترى السلعة كان القول قوله مع يمينه أنه دفع الثمن لدعواه العادة. وقال ابن محرز (65) : إن لم ينقلب به، وكان قائما مع بائعه فقد اختلف في ذلك، فروى أشهب (66) عن مالك أن القول قول رب الطعام مع يمينه، وقال ابن القاسم (67) : القول قول المبتاع. قال ابن القاسم : «وذلك إذا كانت عادة الناس في ذلك الشيء أخذ ثمنه قبل قبضه أو معه، قال ابن محرز : فقد نبه ابن القاسم على المعنى الذي ينبغي أن يعتمد عليه في هذا الأصل، وهو العادة، فمن ادعى المعتاد كان القول قوله مع يمينه في جميع الأشياء المشتراة على اختلافها من دور و بناء وطعام وغير ذلك» (68).

ومثل هذا أيضا، ما لو باع سلعة وادعى بعد طول أنه لم يقبض ثمنها، فإن القول قول المبتاع مع يمينه، لكن اختلف في حد الطول.

---

(62) أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر التميمي المازري حافظ المذهب ومجتهده عمر طويلا وتوفي في الثامن عشر من شهر ربيع الأول سنة 536 هـ.

(63) انظر تاريخ قضاة الأندلس للنباهي ص : 150.

(64) أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن إسحاق التونسي فقيه حافظ أصولي محدث توفي عام 645 هـ.

(65) أبو بكر محمد بن أحمد بن عبد الرحمن الزهري البلنسي فقيه محدث توفي عام 655 هـ.

(66) ابو عمر اشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري تفقه بمالك ولد سنة 140 هـ، وتوفي بمصر سنة 204 هـ.

(67) ابو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري الامام الحافظ من كبار تلامذة مالك المتوفي سنة 191 هـ.

(68) تاريخ قضاة الاندلس للنباهي ص : 150.

قال المازرى : «والتحقيق أن هذا الطول غير محدد ولا مقدر. إلا بحسب ما تجرى به العوائد في سائر الجهات» (69).

ومن هذا أيضا. ما قالوا : إن القول قول المكترى في دفع الكراء إذا طال الأمد بعد انقضاء أمد الكراء، حتى يجاوز الحد الذي جرى العرف بتأخير الكراء إليه (70).

ومن مثل هذا أيضا دعوى الزوج دفع الصداق إلى الزوجة. فقد قال مالك وابن القاسم «إن الزوج يصدق في الدفع إذا اختلف في ذلك بعد البناء» (71).

وكذلك ما قالوه في أن رب الدين إذا حضر قسمة تركة المديان، ولم يقم بدينه ولا عذر له يمنعه من القيام فلا شيء له.
فالأصل في كل هذا وشبهه شهادة العرف والعادة.

هذه الأمثلة وغيرها كثير تدلنا على ما للعرف من قوة واعتبار في انشاء الأحكام وابتنائها عليه، وبواسطتها ندرك ما أولاه الفقهاء من عناية واعتبار للعرف، ويتبين بالتالي مقدار تأثير العرف وسلطانه في الأحكام. وتسليم العلماء بذلك، يدل دلالة قطعية على اعتباره، وهذا التأثير سيظل متجددا مادام في الناس أعراف وعادات، وما تجددت الحياة وظهرت

69) نفس المصدر.
70) نفس المصدر ص : 151.
71) المصدر السابق.

أعراف جديدة بتقدم الحضارات، وتغير أساليب الحياة ونظمها، وتبدل أسلوب المعيشة، وتطور العلم وكثرة العمران، فلدى العمال في مصانعهم أعراف، ولدى المزارعين في حقولهم أعراف، ولدى الحرفيين أعراف.. لا يمكن تجاهلها والغض عنها.

وكلما كان المجتهد أكثر اتصالا بالناس وأعرف بأحوالهم وتقاليدهم وعاداتهم، كان رأيه مقدما في الفتوى والقضاء، لأنه إذ ذاك يكون أميل إلى الرفق بالناس، وأقرب إلى العدل والإنصاف.

الفصل الرابع
تغير الزمان وأثره على العرف

المبحث الأول : تغير الأحكام بتغير العادات :

الزمان يتطور، والأفكار تتطور معه، وإن أحوال الأمم والعالم غير مستقرة ولا ثابتة، ولا سائرة على نسق دائم، فكل ما في هذا الكون ينشد الأفضل، ويتوق إلى الأحسن، ناظرا بعينيه إلى المستقبل متطلعا لأن يدرك أسرار هذا الكون وملابساته.

وقد أدرك هذه الحقيقة عالم الإجتماع، وفيلسوف التاريخ العلامة ابن خلدون (1) فدونها في مقدمته إذ لاحظ «أن أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وثيرة واحدة ومنهاج مستقر، إنما هو اختلاف على الأيام والأزمنة، وانتقال من حال إلى حال.

وكما يكون ذلك في الأشخاص والأوقات والأمصار، فكذلك يقع في الآفاق والأقطار والأزمنة والدول، سنة الله التي قد خلت في عباده» (2).

ويقول الدكتور صبحي محمصاني إن هذه الحقيقة سبق بها علماء الإسلام علماء الغرب بما لا يقل عن خمسة قرون قبل أن يدركها العلامة مونتسيكيو وغيره من علماء الاجتماع والقانون، إذ لاحظها قبلهم شهاب الدين القرافي وابن قيم الجوزية وابن خلدون وأبو اسحاق الشاطبي

---

1) ولي الدين أبو زيد عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون الحضرمي المؤرخ الشهير المتوفى سنة 807 هـ.

2) مقدمة ابن خلدون ص : 28 ط : المكتبة التجارية.

وغيرهم من فقهاء الإسلام وعلمائهم منذ القرن الثالث عشر للميلاد وأن هذا الأمر الإجتماعي الواضح كان عند فقهاء المسلمين قديما وحديثا من الأمور البديهية التي لا جدال فيها، وقد نوه بها في أواخر القرن التاسع عشر مفتي الديار المصرية الإمام محمد عبده في مقالة اختلاف القوانين باختلاف الأمم (3).

ومن خلال هذه الحقيقة الإجتماعية ندرك أن مصالح الناس تتبدل بحسب تبدل مظاهر المجتمع البشري، فمهما كانت مصالح العباد أساس كل تشريع، كان من الضرورى والمنطقي أن تتبدل الأحكام وتتغير وفق تبدل الزمان وتغيره، وتتأثر بمظاهر المحيط والبيئة الإجتماعية ومن المقرر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيرا كبيرا في كثير من الأحكام الشرعية الإجتماعية، فإن هذه الأحكام القصد منها إقامة العدل وجلب المصلحة ودرء المفسدة، فلها ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيرا أو علاجا ناجحا لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يفي بالغرض المنشود، أو أصبح يفضى إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق، وقد اهتم الفقهاء المتأخرون بهذه الحقيقة على اختلاف مذاهبهم، ولاحظوها في كثير من المسائل، وأفتوا فيها بعكس ما أفتى به أئمة المذاهب القدامى، وازاء مخالفتهم لهم عللوها بقولهم : إن سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم، هو اختلاف الزمان وفساد الأخلاق، فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل ان الأئمة السابقين لو عاشوا في عصر هؤلاء المتأخرين لأفتوا بمثل ما أفتى به هؤلاء.

---

3) فلسفة التشريع ص : 221.

ولو استمر بهم الحال ورأوا ما رأى المتأخرون لقالوا بمثل ما قالوا ولعدلوا عن كثير من الأقوال التي أفتوا بها في زمنهم (4).

ومن هنا جاء قولهم «هذا اختلاف حال لا اختلاف حكم» (5).

وتؤثر كلمة عن ابن أبي زيد القيرواني في شأن كلاب الحراسة لما قيل له : إن مالكا كان لا يرى اتخاذ الكلب لحراسة الدور. فأجاب بقوله : «لو أدرك مالك هذا الزمان لاتخذ أسدا ضاريا (6).

وقال ابن يونس (7) : «لو أدرك الإمام وأصحابه مثل زماننا هذا لجعلوا الميراث لذوى الأرحام إذا انفردوا. ولقالوا بالرد على ذوى السهام» (8).

وعلى هذا الأساس. أسس الفقهاء القاعدة الفقهية القائلة : «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان».

وقد أصاب ابن القيم عندما لاحظ أن تغير الفتوى واختلافها تتغير بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد.

وذكر أن بسبب الجهل بهذه الحقيقة وقع غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه. الشيء الذي يتنافى والشريعة التي هي في أعلى رتب المصالح (9).

وليس ابن القيم أول من أدرك هذه الحقيقة بل أدركها كثير من الفقهاء قبله. فالإمام مالك قال : «تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا».

---

4) المدخل الفقهي العام : 2 / 924.

5) انظر حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي لفرائض خليل ص : 8.

6) حاشية المهدي الوزاني : 2 / 350.

7) أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي إمام حافظ نظار المتوفى سنة 451 هـ .

8) انظر حاشية ابن الخياط ص : 51.

9) انظر أعلام الموقعين : 3 / 1.

وعمر بن عبد العزيز (10) قال: «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور».

ولما كانت المصالح هي علل الأحكام وأساسها، كان من اللازم أن يستتبع هذا، قاعدة أخرى، وهي: أنه إذا زالت العلل أو تغيرت وجب زوال أو تغير ما بني عليها من الأحكام.

ولذا قيل في القواعد الأصولية: «إن الحكم الشرعي المبنى على علة يدور معها وجودا وعدما». كما قيل: «إن الحكم الشرعي مبني على علته، فبانتهائها ينتهي..».

قال الأغلالي ناظما هذه الحقيقة:

وكل ما يبنى على العرف يـــدور	معه وجودا عدما دور البـــدور
فاحذر جمودك على ما في الكتـــب	فيما جرى عرف به بل منه تـــب
وكل ما في الشرع فهو تابـــع	إلى العوائد لها فجامـــع
فما اقتضته عادة تجـــددت	تعين الحكم به إذا بـــدت

ثم إن المسائل الفقهية في جلها ثابتة عن طريق الاجتهاد والرأى، وكثير منها بناه المجتهد على ما كان في عرف زمانه، ولو تأخرت به الحياة إلى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا.

ولهذا اشترطوا في المجتهد أن يراعي عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو

---

10) عمر بن عبد العزيز بن مروان أمير المؤمنين، وخامس الراشدين ومجدد القرن الأول المتوفى سنة 101 هـ.

لفساد أهل الزمان بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الحرج والضرر، ليبقى العالم على أتم نظام وأحسن أحكام، ولهذا نرى مشايخ المذاهب خالفوا ما نص عليه أئمتهم في مواضع كثيرة بنوها على ما كان في زمنهم لعلمهم بأنهم لو كانوا في زمانهم لقالوا بمثل ما قالوا به، فالإمام أبو حنيفة كان لا يرى أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وكذا على الامامة في الصلاة، ولكن مع مرور الزمان وتغير الأحوال أفتى المتأخرون من أصحابه بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه، نظرا لانقطاع عطايا المعلمين التي كانت متوفرة في الصدر الأول، بحيث لو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة، للزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة، للزم ضياع القرآن والدين، فأفتوا بأخذ الأجرة على التعليم (11) وكذلك ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الحنفيان من عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة، مع مخالفتهما لما نص عليه الإمام أبو حنيفة بناء على ما كان في زمانه من غلبة العدالة، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله (ص) بالخيرية وهما أدركا الزمن الذي فشا فيه الكذب، وقد نص الفقهاء على أن هذا اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة و برهان (12).

ومن المقرر فقهيا أن القاضي يقضى بعلمه الشخصي في الحوادث بحيث يعتبر علمه بالقضية المتنازع فيها مستندا لقضائه و يغنى المدعي عن اثبات مدعاه بالبينة و يكون علم القاضي كافيا عن البينة ولكن مع

---

11) نشر العرف (مخطوط) وتيسر أصول الفقه ص : 112، وأصول الفقه لشلبي ص : 330.
12) المصادر السابقة.

تغير الزمان وفساد الأخلاق وغلبة أخذ الرشا والفساد على القضاة فيما بعد. أفتى المتأخرون بأنه لا يجوز للقاضي أن يستند إلى علمه في القضايا. بل لابد أن يستند قضاؤه إلى وسائل الإثبات. مع العلم أنه مطلع على القضية. وعلى هذا استقر العمل عند المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه (13).

وحتى الأحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شيء مبنيا على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة، ثم تبدلت أحوالهم وفسدت أخلاقهم وجب تبديل الحكم النبوى تبعا لذلك إلى ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد وصيانة الحقوق. وعلى هذا المبدأ سار الصحابة الكرام بعد عصر النبوة...

ا ـ فقد روى في صحيح البخارى وغيره أن النبي (ص) سئل عن ضالة الإبل هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردها على صاحبها حين يظهر، فنهى النبي (ص) عن التقاطها. لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع. وأمر بتركها ترعى الكلأ وترد الماء حتى يلقاها ربها..

وقد ظل هذا الحكم محافظا عليه إلى آخر عهد عمر فلما كان عهد عثمان بن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها على خلاف ما أفتى به رسول الله (ص). فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها (14).

ذلك لأن عثمان رأى أن الناس قد دب اليهم فساد الاخلاق والذمم وامتدت أيديهم إلى الحرام. فهذا التدبير أصون لضالة الإبل وأحفظ لحق

13) انظر في هذا : شرح ميارة للتحفة : 1 / 30.

14) الموطأ بشرح الباجي : 6 / 134.

صاحبها خوفا من أن تنالها يد سارق أو طامع، فهو بذلك ـ وإن خالف أمر رسول الله (ص) في الظاهر، فهو موافق لمقصوده، إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان، لآل إلى عكس مراد الشارع عليه السلام في صيانة الأموال، وكانت نتيجته ضررا.

2 ـ ثبت عن النبي (ص) أنه نهى عن كتابة أحاديثه وقال لأصحابه من كتب عني غير القرآن فليمحه «واستمر الصحابة والتابعون يتناقلون السنة النبوية حفظا وشفاها لا يكتبونها حتى آخر القرن الهجرى الأول، عملا بهذا النهي، ولكن بعد ذلك انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني الهجرى إلى تدوين السنة النبوية، لأنهم خافوا ضياعها بموت حفظتها، ورأوا أن سبب النهي عن كتابتها إنما هو خشية أن تختلط بالقرآن، فلما لم يبق هناك خشية على الاختلاط لم يبق موجب لعدم كتابة الحديث.

وقد نقل ابن عابدين عن بعض المحققين أنه لابد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، وكذا المفتي الذي يفتى بالعرف لابد له من معرفة الزمان وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام، والدلائل فإن المجتهد لابد له من **معرفة عادات الناس، فكذا المفتي حتى قالوا من لم يكن عالما بعادات أهل زمانه، فهو جاهل** (15).

ومن ثم اشترط فقهاء المالكية أن يكون القاضي بلديا، أى يعرف أحوال أهلها وعاداتهم وأعرافهم ومقتضيات ألفاظهم فيما يذهبون إليه (16)

---

15) نشر العرف ص : 13.

16) انظر شر ميارة للتحفة : 1 / 13.

يقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : «على القاضي أن يكون خبيرا بشؤون القوم الذي يفتي بينهم. وأن يكون عارفا بعوائدهم. وأعرافهم. وفي هذا يحكى عن مالك (ض) قوله : رحم الله شريحا تكلم ببلاده ولم يرد المدينة فيرى آثار الأكابر من أزواج رسول الله (ص) وأصحابه. والتابعين بعدهم. وما حسبوا من أقوالهم وهذه صدقات رسول الله (ص) سبع حوائط وينبغي للمرء أن لا يتكلم إلا فيما أحاط به خبرا» (17).

وسبق القول أنه لما قيل للشيخ ابن عبد السلام التونسي : إن هؤلاء القوم امتنعوا من توليتك القضاء. لأنك شديد في الحكم. قال لهم : أنا أعرف العوائد وأمشيها (18).

وفي مواهب الخلاق للصنهاجي «ينبغي للقاضي أن يكون عارفا بعوائد أهل البلد الذي ولي به ليجرى الناس على عوائدهم وأعرافهم المنزلة منزلة الشرط المدخول عليه صريحا» (19).

والحكمة في اشتراط ذلك كله معرفة أحوال القوم وأعرافهم حتى إذا تغيرت حالتهم واختلفت أعرافهم. تغير الحكم تبعا لتغير أحوال الناس وتقاليدهم..

يقول الأستاذ خلاف : «إن الأحكام التي روعي فيها العرف تتغير بتغير العرف. ولهذا خالف بعض المتأخرين من الفقهاء بعض أئمتهم ومتقدميهم بناء على اختلاف العرف في زمنهم. ولما قال محمد بن الحسن يعفى عن رشاش البول وخالفه أبو يوسف قال : لو رأى صاحبي

---

17) مقاصد الشريعة الإسلامية ص : 198.
18) شرح الزقاقية لعمر الفاسي ص : 248. ط. ف.
19) مواهب الخلاق 2 / 243.

مرو وما عليه سكانها لوافقني. وكثيرا ما قال الفقهاء عن اختلافهم إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة و برهان» (20).

وسبق أن ذكرنا أن الشافعي غير كثيرا من آرائه لما نزل مصر.

وقد قال الإمام القرافي : «إذا جاءك رجل من غير اقليمك لا تجره على عرف بلدك. والمقرر في كتبك. فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات ـ أيا كانت ـ اضلال في الدين. وجهل بمقاصد المسلمين والسلف الماضين» (21). وذكر في الأحكام أن الصحيح في هذه الأحكام الواقعة في مذهب مالك والشافعي وغيرهما المترتبة على العوائد والعرف اللذين كانا حاصلين حالة جزم العلماء بهذه الأحكام. إذا تغيرت تلك العوائد وصارت تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولا. فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في الكتب. ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة. أو يقال نحن مقلدون وما لنا أحداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتي بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين. فالجواب أن جرى هذه الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع. وجهالة في الدين. بل كل ما في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة. وليس ذلك تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد. بل هي قاعدة اجتهد فيها العلماء. وأجمعوا عليها. فنحن نتبعهم فيها من غير اجتهاد. ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود. فإذا كانت العادة نقدا معينا حملنا الإطلاق عليه. فإذا انتقلت العادة إلى

---

20) مصادر التشريع الإسلامي ص : 148.

21) الفروق 1 / 177.

غيره. عينا ما انتقلت العادة إليه. وألغينا الأول لانتقال العادة عنه. وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد. وكذلك الدعاوىٰ إذا كان القول قول من ادعى شيئا لأنه العادة. ثم تغيرت العادة. لم يبق القول قول مدعيه. بل انعكس الحال فيه. ولا يشترط فيه تغير العادة. بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم. ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه. وكذلك إذا قدم أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه. لم نفته إلا بعادة بلده» (22).

روى عن مالك أنه قال في حق الزوجين المتنازعين في قبض الصداق بعد الدخول. إن القول قول الزوج. وعلق القاضي اسماعيل (23) على قول الإمام هذا بقوله : «كانت هذه عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها. واليوم عادة المدينة على خلاف ذلك. فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد» (24).

وفي جواب لابن منظور : لاشك أن أحكام الأقضية والفتاوى تتبع عوائد الزمان وعرف أهلها (25) ويقول القرافي : إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت. كالنقود في المعاملات. والعيوب في العروض والمبيعات. فلو تغيرت العادة في النقدين والسكة إلى سكة أخرى لحمل الثمن في البيع عند الإطلاق على

---

22) الاحكام ص : 68 والتبصرة لابن فرحون 2 / 69.

23) أبو إسحاق اسماعيل بن إسحاق من كبار فقهاء المالكية وصاحب التآليف الكثيرة توفي سنة 284 أو 282 هـ.

24) الأحكام للقرافي ص 68 والتبصرة 2 / 69.

25) تحفة الأكياس : 1 / 48.

السكة التي تجددت العادة بها دون ما قبلها. وكذلك إذا كان الشيء عيبا في الثياب في العادة رددنا به البيع. فإذا تغيرت تلك العادة وصار ذلك المكروه محبوبا لم يرد به. وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد. وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء» (26).

وفقهاء الأحناف يذكرون أن من غصب ثوبا وصبغه بلون يزيد في قيمته فلمالكه الخيار بين أخذه مصبوغا ويضمن الزيادة لصاحبه. وبين أن يضمنه قيمة ثوب أبيض ويتركه للغاصب. وإذا صبغه بلون ينقص قيمته فلمالكه أن يضمنه نقصانه. فإذا صبغه بلون أسود فأبو حنيفة يرى أنه نقص فيضمن الغاصب قيمة النقصان، ويرى صاحباه أنه زيادة كما لو صبغه بلون أصفر أو أحمر وأرجع الفقهاء هذا الإختلاف إلى اختلاف العرف. ففي عصر أبي حنيفة كان بنو أمية يمتنعون عن لبس السواد فكان مذموما. وفي زمن صاحبيه كان بنو العباس يلبسون السواد فكان ممدوحا. فكان الصبغ به زيادة فيه. فاختلف الحكم تبعا لاختلاف العرف (27).

ويذكر المقرى في القاعدة (1031) أنه «إذا انتقل العرف أو بطل، بطلت سببيته في ذلك بحسب الأعصار والأمصار» (28).

ويقول في القاعدة (1037) «كل حكم مرتب على عادة فإنه ينتقل بانتقالها إجماعا. كما تختلف النقود في المعاملات. والألفاظ في

---

26) الفروق الفرق : 28 / ج 1 ص 176.

27) رسالة نشر العرف (مخطوط) وأصول الفقه لشلبي ص 329. وقولهم من غصب ثوبا وصبغه بلون يزيد في قيمته فلمالكه الخيار بين أخذه مصبوغا ويضمن الزيادة. لانرى هذا من العدل في شيء لأنه غاصب فكيف يستحق الزيادة وهل صاحب الثوب طلب منه أن يصبغه ؟

28) ص : 151.

المتعارفات. وصفات الكمال والنقص في عيوب المبيعات. فالمعتبر في ذلك كله العادة. فإذا تغيرت تغير الحكم» (29).

ونقل المهدى الوزاني عن عبد القادر الفاسي (30) أن «لفظ اليمين أصله في اليمين بالله. لكن عرف الناس في هذه الأعصار وفيما قبلها. صرفه لعصمة الزوجية. فيعمل على مقتضاه. لأن الأيمان أبدا دائرة مع عرف الحالف أو بلده. وتختلف الفتوى باختلاف الأعراف والعادات» (31).

وفي بعض أجوبة «ابن لب» (32) «أن العمل يتبدل بتبدل الأزمان. فمذهب «ابن القاسم» الذي لا يعتبر ولاية ولا ترشيدا. كان الحكم به في الأندلس قبل هذا الوقت. أما الآن فالأمر يختلف (33).

فالمصلحة تستدعي - لا محالة - تغير الأحكام. لأن الأعراف تتجدد بتجدد الحاجات وفساد الزمان. وبقاء الأحكام على حالة واحدة مع تغير الزمان قد تكون مثار حرج ومشقة على الناس. وقد لا تتحقق المصلحة مع بقائها كذلك. ولذلك قال الإمام مالك رضي الله عنه : «تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا».

علق «الزرقاني» (34) على كلام الإمام هذا بقوله : «إن مراده أن يحدثوا أمورا تقتضي أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك

---

(29) ص : 130.
(30) أبو محمد عبد القادر بن علي بن يوسف الفاسي المتوفى عام 1091 هـ.
(31) تحفة الأكياس : 1 / 27.
(32) أبو سعيد محمد بن أحمد ابن لب الأنصاري المتوفى سنة 726 هـ.
(33) انظر فتح الجليل الصمد للسجلماسي (مخطوط).
(34) أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي الزرقاني الإمام المحدث المتوفى سنة 1122 هـ.

الأمر. وهذا نظير قول عمر بن عبد العزيز : «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور» (35).

قال «القرافي» : ولم يرد رضي الله عنه نسخ حكم، بل المجتهد فيه ينتقل له الإجتهاد لاختلاف الأسباب (36).

وقد نقل القرافي الإجماع على أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها إذا دارت (37).

وتغير الأحكام له سند من السنة. فقد أخرج الشيخان بسندهما إلى عائشة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لولا أن قومك حديثو عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد ابراهيم» (38) وما أخرج «الترمذى» (39) عن زيد بن خالد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل. ولأمرتهم بالسواك عند كل صلاة» (40). فاستنتج الفقهاء من هذه النصوص أن كلمة «لولا» في الحديثين. أفادت أن إقامة الكعبة على قواعد ابراهيم. والأمر بتأخير العشاء. والسواك عند كل صلاة أحكام صالحة. وإنما منع من الأول قرب قريش من عهد الكفر. وتمكن عادات الجاهلية من نفوسهم بحيث لو تغير بناء الكعبة لحدث من المفاسد ما يزيد على مصلحة التغيير. وهو الارتداد إلى الشرك. ومنع من الأخيريين : طبيعة الناس

---

35) شرح الموطأ 4 / 204.

36) انظر الفروق : 2 / 5.

37) انظر الفروق : 1 / 176.

38) فتح الباري : 9 / 237 وفي رواية : «لولا حدثان قومك بالكفر...».

39) أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي الإمام المحدث صاحب الصحيح المتوفى سنة 279 هـ.

40) انظر صحيح الترمذي : 1 / 40 بشرح القاضي ابن العربي.

التي يشق عليهم معها هذا التكليف. فدل هذا على أن الأحكام تتغير بالعادات (41).

كما أن في آثار الصحابة ما يدل على تبدل الأحكام بتبدل الزمان والعوائد. فقد أخرج البخارى عن عائشة رضي الله عنها قالت : «لو أدرك النبي صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منع نساء بني اسرائيل» (42).

فقد كان الصلاح غالبا في عهده صلى الله عليه وسلم حيث كانت النساء يخرجن مستترات بلباسهن. فكانت المصلحة في خروجهن لينلن ثواب الجماعة. ولكن لما تغير الحال بعده صلى الله عليه وسلم. رأت عائشة (ض) أن المصلحة ليست في خروجهن بل فيه بلاء وفتنة. وتقتضي المصلحة أن يستنبط لهن حكم آخر يناسب الحالة الطارئة وهو منعهن من الخروج. ولذلك قال الزرقاني تعليقا على حديث عائشة هذا «ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال» (43).

والنداء للجمعة في عهد رسول الله (ص) والخليفتين بعده. كان بالأذان بين يدي الخطيب. فلما كان عهد عثمان ورأى كثرة الناس بحيث لا يسمعون هذا النداء زاد الأذان الأول في السوق (44) ولم ينكر عليه.

---

41) انظر العرف والعادة ص : 84.

42) صحيح البخاري : 1 / 169.

43) شرح الزرقاني للموطأ : 1 / 360.

44) في الفواكه الدواني : كان النبي صلى الله عليه وسلم، اذا دخل المسجد رقي المنبر فجلس ثم يؤذن المؤذنون، وكانوا ثلاثة يؤذنون على المنار واحدا بعد واحد فاذا فرغ الثالث قام النبي صلى الله عليه وسلم، يخطب، وكذا في زمن أبي بكر وعمر ثم لما كثرت الناس أمر عثمان بإحداث أذان سابق على الذي كان يفعل على المنار، وأمرهم بفعله بالزوراء عند الزوال. (1 / 303).

ثم بعد هذا يمكن أن يرد سؤال : هل هذا التبدل في الأحكام يعد نسخا ؟ والجواب : أن هذا لا يعد نسخا. لأنه ليس لأحد من المجتهدين ولا لسلطة من السلط نسخ شيء من الشريعة بعد النبي (ص). والأحكام باقية ما بقيت الدنيا. ولكن الحكم المبني على العادة. يستنبط طبقا لحادثة معينة ذات أحوال خاصة. فإذا طرأ على هذه الحادثة عرف آخر تغيرت طبيعتها وجدت أحوال جديدة لهذه الحادثة نفسها احتاجت إلى استنباط حكم آخر وهكذا. فالأحكام باقية بالنسبة لحوادثها لا رفع فيها ولا تبديل. وإنما الرفع والتبديل إذا تغيرت الأحوال. وجاء عرف آخر.

فرفع الحكم معناه : رفع تطبيق الحكم السابق لعدم مناسبته. لا رفع الحكم المشروع (45).

فإن للواقعة الواحدة ذات الأحوال المختلفة حكمين أو أحكاما ثابتة لكل حكم تطبيق في ظرفه الذي يختص به، بخلاف النسخ، فإن حكم الحادثة فيه يرفع بحيث لا يبقى له وجود أصلا، وهذا ما لاحظه الإمام الشاطبي إذ قال : «وإنما معنى الإختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها» (46).

وبعد هذا يمكن أن يثار سؤال آخر وهو : ما هي الأحكام التي يجب تغييرها بتغير الزمان والعادات ؟

لقد ثبت من خلال الأمثلة التي أسلفنا الكلام عنها، أن الفقهاء متفقون على أن الأحكام التي تتبدل بتبدل الزمان وأخلاق الناس، هي الأحكام الإجتهادية من قياس ومصالح، أي تلك الأحكام التي قررها

---

45) انظر العرف والعادة ص : 89.

46) الموافقات : 2 / 286.

الإجتهاد بناء على القياس، أو على اعتبار المصلحة، أما الأحكام التي جاءت بها الشريعة من أمر ونهي - وهي الأحكام الثابتة - فهذه لا تتبدل بتبدل الأزمان، بل هي جاءت لإصلاح الأزمان والأجيال، وراعت مصالح الناس حين ورودها غير أن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها. قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثة (47). وأيضا فالأحكام الشرعية مهما تبدلت، فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، هو احقاق الحق، وجلب المصالح، فتبدل الأحكام هي تبدل الوسائل والأساليب، إذ هي في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية، وإنما تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو صالح ونافع.

وعوامل تغير الزمان نوعان : فساد وتطور.

أما عن الأول : فيرجع إلى فقدان الورع وضعف الوازع.

وأما عن الثاني : فينشأ عن حدوث أوضاع تنظيمية جديدة، ووسائل زمنية طارئة من تراتيب إدارية، وأساليب اقتصادية ونحو ذلك، وكلا النوعين موجب لتغير الأحكام الفقهية الاجتهادية إذا أصبحت لا تتلاءم معه لأنها تصبح عندئذ ضررا، والشريعة منزهة عن الضرر بالناس، بل هي ما أتت إلا لتصلحهم في أحوالهم الدينية والدنيوية وقد قرر الشاطبي أن لا عبث في الشريعة (48).

---

47) المدخل الفقهي العام : 2 / 925.

48) الموافقات : 1 / 158.

المبحث الثانـــي :

الأحكام التي يدخلها التغيير وتفسير النصـــــوص

معظم الفقهاء الذين قالوا بقاعدة تغيير الأحكام اختلفوا في جواز هذا التغيير، والنص المغير.

فالنص المغير. لا يخلو : إما أن يكون كتابا أو سنة صحيحة، أو يكون من طريق مصدر إضافي تكميلي، ثم في كليهما، إما أن يكون النص متعلقا بأمور الدين أو بأمور المعاملات :

أ - فإن كان النص من الكتاب أو السنة الصحيحة، فهذا لا يجوز تغييره ولا تبديله.

واختلفوا في النص إن كان معللا برعاية عرف أو مصلحة، فالبعض يرى أنه كسابقه، لا يجوز عليه التغيير، وبعضهم يرى أن التغيير يلحقه كلما تغير ذلك العرف وتلك المصلحة.

ب - وأما النص المبنى على اجتهاد الفقهاء، فالرأى الصحيح أنه يلحقه التغيير تبعا لمقتضيات المصالح التي تطرأ وتبعا لتغير الزمان والظروف والأحوال.

ثم هذا النص إما أن يتعلق بأمور العبادات أو المعاملات فإن تعلق بأمور العبادات، فهو ثابت ما دام هذا الكون قائما لأن أصول الدين

وقواعد التوحيد والإيمان حقيقة أزلية أبدية يقتفي فيها التعبد والتزام النص (49).

ولأن الدين لازم لكل حي، ولكل من يولد إلى يوم القيامة في جميع الأرض، فصح أنه لا معنى لتبدل الزمان، ولا لتبدل المكان ولا لتغير الأحوال، وأن ما ثبت فهو ثابت أبدا. في كل مكان وفي كل زمان، وعلى كل حال كما يقول ابن حزم (50).

2 ـ ولكن النص إذا كان يتعلق بأمور المعاملات الدنيوية، فإن الأصل في ذلك الالتفات إلى المعاني، وإدراك العلل التي بني عليها، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في الأحكام الثابتة بالنصوص، فمنهم من حرم التغيير، ومنهم من قال به في بعض الأحوال.

والرأي السائد لدى جمهور الفقهاء أنه «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص».

وبما أن هذه قاعدة مطلقة لذلك لا يجوز مخالفة الأحكام المبنية على نصوص الكتاب أو السنة. ولا يسوغ تغييرها بسبب تغير الأحوال بل تحرم الفتوى أو الاجتهاد بما يخالف النص وقيد قبول العرف والتيسير للحرج والترخيص للمشقة في المسائل التي لا نص فيها وإلى هذا الرأي مال كثير من الأئمة (51).

روى عن الشافعي أنه قال : «إذا رويت عن رسول الله (ص) حديثا ولم آخذ به فاعلموا أن عقلي قد ذهب» (52).

---

49) الموافقات : 2 / 300.

50) الأحكام : 2 / 4.

51) الأم للشافعي : 7 / 275، والمستصفى للغزالي : 1 / 139، وأعلام الموقعين : 2 / 200.

52) أعلام الموقعين : 2 / 210.

وقد انكر ابن حزم الظاهري جواز الانتقال عن حكم بغير نص أوجب النقل عنه لتبدل حال من أحواله، أو لتبدل زمانه أو مكانه، بل هو يعتبر هذا النوع من الباطل (53).

وهذا الرأي عبر عنه بعض الفقهاء المعاصرين إذ يرى أنه بالتأمل فيما نقل عن الصحابة والتابعين وبعض الأئمة مشعرا بمخالفته لبعض النصوص يظهر أنه ليس فيها تبديل للنص ولا خروج عليه (54).

على أن سابقات بعض الخلفاء والأئمة والفقهاء المسلمين لا تدع مجالا للشك في أنهم جوزوا تغيير تفسير النصوص أو تغيير الاجتهاد المبني عليها لتغير علتها، أو لتغير العرف الذي بنيت عليه، أو لاقتضاء الضرورة أو المصلحة، والفقهاء يستدلون بسابقات عمر بن الخطاب، وعمر ابن عبد العزيز، وأبو يوسف من الحنفية، والقرافي من المالكية والطوفي الحنبلي (55) وغيرهم (56)...

غير أنه يجب أن نؤكد أمرا هاما وهو أن :

أ ـ الأحكام المعرضة للتغيير والتعديل معظمها يتعلق بالجزئيات دون القواعد الكلية التي تبقى مبدئيا ثابتة واحدة في جميع المذاهب وفي كل ظروف الحياة البشرية ماضيها وحاضرها ومستقبلها.

---

53) الأحكام لابن حزم : 5 / 4.
54) المدخل للفقه الاسلامي لمدكور ص : 270.
55) هناك من يرى أن الطوفي شيعي، ولكن الذي حققه الشيخ مصطفى زيد أنه حنبلي أثبت ذلك في رسالته «المصلحة ونجم الدين الطوفي».
56) انظر الكلام في هذا مفصلا في فلسفة التشريع ص : 227 وما بعدها.

ب ـ الرأي المختار عند الفقهاء أنه تجوز مخالفة النصوص للضرورة.

ج ـ ان النصوص المبنية على عادة ظاهرة تستوجب استيفاء وشروط تطبيقها وهو بقاء العادة أو العلة المبنية عليها.

د ـ على أن تغيير الاجتهاد في الأحكام المبنية على النصوص ليست بعيدة في حد ذاتها عن روح الشريعة الإسلامية المبنية على التيسير والتخفيف، والشريعة ما أتت إلا لإصلاح الفرد والرفق به (**يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر**) لن يشاد هذا الدين أحد إلا غلبه فيسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا» «خذوا من العمل ما تطيقون» «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم».

يقول ابن القيم في «إغاثة اللهفان» «الأحكام نوعان نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه، والنوع الثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا، كمقادير التعزيرات وصفاتها، فإن الحكم يتنوع فيها بحسب المصلحة» ومثل هذا يقرره الإمام الشاطبي في الموافقات (57).

يقول الدكتور عبد الرحمن التاج : «إن الأحكام الجزئية التي راعى الفقهاء فيها في عصر ما تطلبته مصلحة الأمة أو قضى به عرفها، لا يصلح أن يؤخذ قانونا دائما، وشريعة ثابتة تطبق حتى مع اختلاف وجه المصلحة وتغير العرف، لكن هذه الأحكام هي بلا شك من القانون الإسلامي، لأنها قامت على دعائم الشريعة، واستنبطت من منابعها، وعلينا

57) 2 / 283 المسألة 14.

أن نأخذ بها ما دمنا مقتنعين بصحة مأخذها، وما دامت تتمشى مع مصالحنا وعرف زماننا. أما إذا اختلف العرف وتبدلت المصلحة كان لنا أن ننظر فيها فنعدل منها أو نأخذ بغيرها على ما تقضي به المصالح الراهنة» (58).

على أن الشريعة الإسلامية لم تنفرد بهذا. فالقوانين الوضعية المكتوبة تتجدد باستمرار بسبب العرف وتغير الزمان، فالقوانين والدساتير لا تستطيع الاستغناء كلية عن العرف الذي لا بد منه لتكوين قواعد تسد ما في الدساتير من نقص حكمي أو لمواجهة حالات جديدة لم تكن في الحسبان.

ويذهب بعض فقهاء القانون إلى القول بأن العرف يستطيع تعديل النص الدستوري أو ما يتخلله من ثغرات لا نص لحكمها، سواء كان ذلك بإسقاطه بعدم الاستعمال، أو بإقامة حكم جديد على خلافه، ولذلك لما قسموا الدساتير إلى جامدة ومرنة، قالوا إن أكثر الدساتير مرونة، هي الدساتير العرفية لأنها كما نشأت بطريق العرف، فإن العرف يعدلها كذلك (59).

قد يقال إنه لا مجال للمقارنة بين القوانين الإسلامية والقوانين الوضعية، ولكن المقارنة هنا تنصب على الأحكام الصادرة عن اجتهاد الفقهاء فقط، لا على النصوص القطعية الصادرة عن الله وعن رسول الله (ص) فاجتهاد البشر لا يختلف.

---

58) السياسة الشرعية والفقه الإسلامي ص : 26 / 27 بواسطة مجلة العربي عدد : 1978.233.
59) القانون الدستوري للدكتور عثمان إسماعيل ص : 26 ـ 27.

ومهما يكن من شيء فلنا أن نؤكد أن القصد من وراء تغيير هذه الأحكام بتغير الأزمنة، هو التيسير على الناس، وجعل الشريعة الإسلامية صالحة قائمة بشؤون الناس في كل زمان، وهو أمر لاحظته الشريعة في كل ما يتعلق بالمعاملات وما يتصل بها على وجه يجعله قابلا للتطبيق في كل زمان بحسب المصلحة، وهي كفيلة بتطويع الوقائع للقرائن، وإعطائها حلا يلائمها.. والحق أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان - مهما تغيرت بتغييره - فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد، وتحقيق ما فيه نفع المجتمع الإسلامي في ضوء الإسلام وقواعده العامة، وبذلك تتحقق ملاحقة التطور البشري.

الفصل الخامس
العرف عند التعارض

المبحث الأول : تعارض العرف مع النص

العرف إما أن يعارض الدليل الشرعي، وإما أن يخالف بعض الآراء الاجتهادية الظنية المستنبطة من الأدلة الشرعية، أي تلك الأحكام التي قررها الفقهاء تخريجا واستنباطا، بطريق القياس والاستحسان والمصلحة المرسلة في المسائل الطارئة التي لم يرد فيها من الشرع نص صريح (60).

ثم إن هذا الدليل إما أن يكون نصا خاصا، وإما أن يكون عاما. ومن هنا تنوع مخالفة العرف للأدلة إلى أنواع ثلاثة :

النوع الأول : معارضة العرف للنص الخاص

إن كل عرف ورد الشرع بخلافه فهو غير معتبر (61) فمهما خالف العرف حكما أثبته النص، يعمل بالنص ويترك العرف المخالف ولا يعتد به، لأن النص أقوى من العرف، والأقوى لا يترك بالأضعف.

---

60) بعض الباحثين قسم تعارض العرف مع الأدلة إلى تعارضه مع الدليل ومع القياس ومع نصوص المجتهدين فجعله تقسيما ثلاثيا بهذا الاعتبار، ونحن نرى الدليل إما أن يكون نصا قطعيا وهذا يشمل الكتاب والسنة الثابتة أو غيره من آراء اجتهادية دون أن نفرع هذا التفريع لأننا نقصد بالدليل المعارض بالعرف الدليل القطعي.

61) المبسوط : 12 / 196.

فالعرف الذي خالف النص لا عبرة به ولا قيمة له في نظر الشرع، لأنه عرف مرفوض يجب إهداره أو تغييره، لا إقراره، بحيث لا يجوز القضاء به ولا تحكيمه خاصا كان هذا العرف أو عاما، حدث بعد ورود النص أو كان قائما قبله، لأن في إعمال هذا العرف إهمالا للنص الشرعي وذلك لا يجوز بحال وقد وجد الشارع كثيرا من الأعراف الجاهلية وأبطلها أو غيرها إلى حالة تلائم النص ولا تتعارض معه. وذلك كتعارفهم على حالة التبني وإجراء البنوة الحقيقية فيه، فنهى القرآن عن ذلك في قوله تعالى : (**أدعوهم لابائهم هو أقسط عند الله...**) (62).

وكتعارفهم الربا وشربهم الخمر ولعب الميسر وبيع الغرر من ملامسة ومنابذة وإلقاء الحجر. وأسترقاق المدين الذي كان متعارفا في جاهلية العرب ونكاح الشغار وغير ذلك من المحرمات مما ورد تحريمه نصا، لأن العرف مهما صادم إرادة الشارع أصبح على المكلف بتطبيق الشريعة أن يعمل بالنص ويهمل العرف، إذ الشريعة إلزامية وما شرعت إلا لكي تنفذ نصوصها وتحترم، فلا يجب تعطيلها بالعمل على خلافها، وإلا لم يعد للشريعة معنى كما نص على ذلك الإمام الشاطبي (63).

فالعرف إنما يعمل به في حدود الحرية التي تركها الشرع للمكلفين في ميادين الأعمال والالتزامات، دون الحالة التي تولى الشارع

---

62) سورة الأحزاب : 4.

63) الموافقات 2 / 283.

فيها بنفسه تحديد الأحكام على سبيل الإلزام، وإلا أمكن أن تقلب الأعراف على مر الزمان أسس التشريع كلها رأسا على عقب. فالنص الخاص الآمر هو المعتبر، ولا يعتبر أي عرف أو اتفاق على خلافه (64) إلا أنهم استثنوا من ذلك حالة واحدة (65).

وهو ما إذا كان النص نفسه حين نزوله أو حين صدوره عن المشرع مبنيا على عرف قائم ومعللا به، فإن النص في هذه الحالة يكون عرفيا أي أن الشارع يكون لاحظ فيه عرف الناس، ولذلك يدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله. مثال ذلك : حديث الربا الوارد في الأصناف الستة (66)، فإنه نص على أن الربا يحصل في مبادلة هذه الأصناف إذا لم يكن تساو. فإذا وجد التساوي فلا ربا.

ولكن اختلف في مقياس هذا التساوي ما هو ؟ فقد ترك أمره للعرف، فما كان وزنيا كالذهب والفضة، اعتبر فيه الوزن، وما كان كيليا كالحنطة والشعير والملح والتمر اعتبر فيه الكيل، وهذا الحكم يقوم على أساس وجوب تساوي الكميات المبدلة في الجنس الواحد فما هو مقياس هذا التساوي ؟ فقد يتساوى المقداران وزنا ويتفاوتان كيلا وبالعكس.

---

64) المدخل الفقهي العام 2 / 888.

65) واستثنوا كذلك حالة الضرورة القصوى كما ذكر الأستاذ خلاف (مصادر التشريع ص : 147) فقد ورد في كلامه ان ليس للفقيه أن يفتي أو يقضي بما جرى به العرف المخالف لأصل من أصول الشريعة إلا أن تدعو إلى ما جرى به العرف المخالف ضرورة فيكون الحكم مبنيا على مراعاة الضرورة ويدخل في قبيل الرخصة التي يقررها الفقيه على جهة الاجتهاد...

66) الأصناف الستة هي : الذهب، والفضة، والبر، والشعير، والتمر، والملح، والحديث مروى عن عبادة. انظر التمهيد : 4 / 84 تحقيق الأستاذ المحقق : سعيد أعراب.

ومن المتفق عليه أن التساوي يعتبر شرعا بالمقياس العرفي في كل صنف. فما كان وزنيا عرفا كالزيت والسمن يجب تساوي الكميتان فيه بالوزن، وما كان كيليا يجب فيه التساوي بالكيل (67).

وإذا تبدل العرف في مقياس شيء وأصبح كيليا مثلا بعد أن كان وزنيا، أو أصبح وزنيا بعد أن كان كيليا ـ ككثير من الأشياء التي نتعامل بها الآن ـ تبدل المقياس الربوي فيه تبعاللعرف.

غير أنه قد ورد النص عن النبي (ص) في ستة أصناف من الأموال الربوية أنه يجب التساوي في بعضها بالوزن وفي بعضها بالكيل.

فذهب جمهور المجتهدين إلى أنه يعتبر في خصوص هذه الأشياء المقياس الذي ورد النص به. ولا عبرة بتبدل العرف فيه. ففي مبادلة القمح بالقمح يجب التساوي كيلا لا وزنا. ولو تعارف الناس على بيعه بالوزن ـ كما هو الشأن بالنسبة لعصرنا الحالي ـ لأن هذا نص خاص بالمقياس الربوي في هذه الأصناف. فلا يعتبر العرف على خلافه.

وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن المقياس المعتبر حتى في هذه الأصناف الستة هو المقياس العرفي، وأنه يتبدل بتبدل العرف كما في سائر الأموال الربوية الأخرى التي لم يرد نص خاص بشؤون مقياسها. وإنما ورد النص بلزوم التساوي فيها كيلا أو وزنا لأن هذا مقياسها المتعارف على عهد رسول الله (ص)، فلو كان العرف فيها على

67) انظر المدخل الفقهي العام : 2 / 888.

مقياس آخر لورد النص معتبرا فيها ذلك المقياس الآخر (68) وقد رجح الشيخ الزرقا رأي أبي يوسف هذا ورآه أقوى حجة، وأقوم محجة رغم انفراده به (69).

ويؤيد رأي أبي يوسف هذا الواقع المعاش. فمن منا الآن يشتري التمر كيلا. ومن منا يشتري الشعير وزنا ؟..

ومن النصوص التشريعية الخاصة التي تعتبر في رأي بعض الباحثين مبنية على العرف والعادة فيتبدل حكمها تبعا لتبدل العادة. قوله (ص) في شأن الفتاة البكر البالغ «إذنها صماتها».

حيث اعتبر سكوتها عن استئذان وليها لها في تزويجها من رجل معين وبمهر معين إذنا منها وتوكيلا. فقد اتفقت آراء الفقهاء على أن هذا الحكم في الفتاة البكر مبني على ما هو معروف فيها من الخجل عن إظهار رغبتها في الزواج عند استئمار وليها لها. فعادتها أن تعبر بالسكوت عن رغبتها وإذنها. فإذا فرض أن هذه التربية قد تبدل اتجاهها وأصبحت الفتيات الأبكار لا يتحرجن من إعلان هذه الرغبة كعادة الفتيات غير الأبكار. فإن الإذن عندئذ بالتزويج لا يكفي فيه السكوت بل يحتاج إلى إبداءالرأي (70).

ونحن نتحفظ - إن لم نرفض - ما ذهب إليه هؤلاء، لأننا إن فتحنا هذا الباب ستصبح النصوص الشرعية كلها قابلة للتأويل والتعليل. وفي ذلك ما فيه من خطورة على النصوص التشريعية الصريحة. فلا ينبغي أن

68) المدخل الفقهي العام : 2 / 892.
69) نفس المصدر.
70) انظر المدخل الفقهي العام : 2 / 892.

يفتح هذا الباب لتتحكم عوائد الناس في شرع الله. فالشريعة ليست مسؤولة عن فساد أخلاق الناس وانحرافهم. بل المسؤولية تتوجه إلى من يرعاهم ويوجههم. وهي واقعة قبل كل شيء على الأسرة أولا. وعلى حملة الشريعة ثانيا.

فنحن نرى أن الأسر المحافظة لا تزال البكر فيها ملتزمة محتشمة لا تجرؤ على مخالفة رأي أبويها. فلو أحسنت التربية، وقام الآباء بشؤون الأبناء لما لجأنا إلى هذا التأويل والتحكم في النصوص. فلم لا تكون الأسر كلها محافظة حتى يبقى النص الشرعي على حاله دون تغيير لا سيما وأن هذا التغيير لم تدع إليه ضرورة. ولو فتح هذا الباب لاستباح الناس كثيرا من المحرمات. واستحسنوا كثيرا من الرذائل. وإن هذه البلايا لهي من إهمال حملة الشريعة...

النوع الثاني : معارضة العرف للنص العام

إن العرف المعارض للنص التشريعي العام إما أن يكو مقارنا لورود النص. أو حادثا بعده. فهو قسمان :

القسم الأول : العرف المقارن لورود النص. وهو نوعان : لفظي وعملي.

أ ـ فإن كان لفظيا. فقد اتفق الفقهاء على اعتباره. ينزل منزلة النص الشرعي العام على حدود معناه العرفي. ويكون دور العرف هنا هو توجيه الألفاظ إلى معانيها المألوفة عند الناس. عملا بمقتضى القاعدة القائلة : «يحمل اللفظ على معناه الحقيقي ما لم تقم قرينة على إرادة

المجاز» إذ العرف اللفظي يصير المعنى المتعارف حقيقة عرفية. ولا شك أن الحقيقة العرفية مقدمة في الفهم على الحقيقة اللغوية. فألفاظ البيع والشراء والإجارة والصيام والحج وعدة النساء في الطلاق والوفاة كل ذلك وشبهه من النصوص يحمل على معانيه العرفية عند ورود النصوص بها. وإن اختلفت عن المعاني الوضعية في أصل اللغة...

ب - وأما إذا كان العرف القائم عند ورود النص المخالف له عرفا عمليا. فقد اختلف فيه هل يكون صالحا لتخصيص النص العام أم لا ؟ (71).

ثم إن من يعتبر صلاحيته يفصل في ذلك بين أن يكون العرف عاما أو خاصا. فإن كان عاما فإن العمل بالعرف في موضوعه لا يكون تعطيلا للنص. بل يبقى النص معمولا به في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومه. فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ إهمال للنص. بل هو إعمال للعرف والنص معا، طبقا للقاعدة الأصولية القائلة : «إعمال النصين معا خير من إهمال أحدهما».

مثال ذلك. أنه قد ثبت عن النبي (ص) أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. فهذا نص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون الشيء المبيع فيها موجودا في ملك البائع ما عدا السلم المستثنى لما فيه من مصلحة، وكذلك عقد الاستصناع يشمله عموم النص المانع، ولكنه عقد تعارفه الناس لاحتياجهم إليه. ولذلك أقر الفقهاء جوازه

---

71) قال صاحب نشر البنود : «ان نصوص الشريعة لا يخصصها من العوائد إلا ما كان مقارنا لها في الوجود عند النطق بها، أما الطارئة بعدها فلا تخصصها وإلى هذا أشار بقوله : (والعرف حيث قارن الخطابا) نشر البنود 2 / 46. وزارة أوقاف المغرب.

للعرف الجاري، واعتبر مخصصا لعموم النص، فيعمل بالنص في غير الاستصناع من أنواع بيع المعدوم، ويعمل بالعرف في الاستصناع، ويجمع بين العرف والنص معا. وكذا استثناء المرأة الشريفة من عموم قوله تعالى : **(والوالدات يرضعن أولادهن)**، فقد أخرجت المرأة الشريفة من هذا العموم بأنها لا يجب عليها الإرضاع، لأن عادة العرب أن المرأة الشريفة القدر لا ترضع عندهم، وهذه العادة ثبتت في زمن النبي (ص) وأقرهم عليها ولذلك كانت مخصصة لعموم الآية (72).

وكذا ثمار البساتين إذا بدا صلاح بعضها قال بجواز بيعها الإمام مالك (ض) لجريان التعامل به، مع أن بعض المبيع معدوم وبيع المعدوم لا يجوز كما هو معروف في باب البيع (73).

وأما العرف الخاص إذا عارض النص العام بأن كان هذا العرف خاصا بمكان دون آخر أو بفئة من الناس دون سواهم، كعرف الصناع والتجار في بعض البلدان أو بعض الصناعات، فالراجح من الآراء أن هذا العرف لا يصلح مخصصا للنص العام ـ ولو كان قائما عند ورود النص لأنه إذا كان عرف بعض البلاد أو الناس يقتضي تخصيص النص، فإن عدم هذا العرف لدى بقية الأماكن أو الناس لا يقتضيه، فلا يثبت التخصيص بالشك..

وعلى كل فقد اختلف المالكية في اعتبار العرف العملي هل يكون مخصصا لعموم النص أم لا ؟

72) الجامع لأحكام القران للقرطبي : 3 / 161 واحكام القران لابن العربي 1 / 204 والضياء اللامع لحلو لو على هامش نشر البنود ج : 2 ص : 49 ط. ف.

73) تيسير أصول الفقه ص : 112.

ذهب جمهور المحققين (74) إلى أن العرف العملي القائم عند ورود النص يخصص النص العام. كما يقيد النص المطلق. خلافا لما ذهب إليه القرافي من أن العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ أو تقييده (75) وتبعه في ذلك الونشريسي حيث ذكر أن العادة الفعلية لا تخصص العام (76).

والصواب أن العادة تخصص. صرح بذلك القاضي أبو عبد الله المقري في قواعده بأن العادة كالشرط عند مالك تقيد المطلق. وتخصص العام.

وقد رد «ابن غازي» (77) على القرافي - فيما ذهب إليه - بأن مسائل المدونة وغيرها دالة على تخصيصه بالفعلي كالقولي (78).

ونقل «الدسوقي» (79) عن ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف، وإن كان فعليا. ونقل الوانوغي (80) عن الباجي (81) أنه صرح بأن العرف العملي يعتبر مخصصا أيضا وهو رأي القلشاني (82).

---

74) ذهب أبو العباس حلولو في الضياء اللامع إلى أن مذهب ابن القاسم عدم التخصيص بالعادة الفعلية في بعض المسائل : 2 / 49.

75) الفروق : 1 / 173.

76) المنهج الفائق ص 6م 31 ط. ف.

77) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن غازي العثماني (شيخ الجماعة) عالم محقق حافظ مكثر التأليف توفي سنة 919 هـ.

78) انظر «تكميل التقييد» مخطوط الخزانة الملكية رقم 584 غير مرقم الصفحات .

79) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي الأزهري المتوفى سنة 1230 هـ.

80) أبو مهدي عيسى الوانوغي من أصحاب ابن عرفة. انظر ترجمته في شجرة النور الزكية ص : 243.

81) أبو الوليد سليمان بن خلف التميمي فقيه حافظ نظار مؤلف مكثر ولد سنة 403 وتوفي سنة 474 هـ.

82) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 2 / 143.

القسم الثاني : العرف الحادث بعد ورود النص

إذا كان العرف المعارض للنص العام حادثا بعد ورود النص، فإن هذا لا يعتبر. ولا يصلح مخصصا للنص الشرعي باتفاق، ولو كان عرفا عاما. لأن العرف العام هو طارئ بعد أن حدد مفهوم النص الشرعي مراد الشارع وأصبح نافذا منذ صدوره عن الشارع فإذا خصصه كان ذلك نسخا للنص بالعرف وهذا غير جائز. لأن من شرط اعتبار العرف الذي تحمل عليه الألفاظ أن يكون موجودا حال صدورها كما قدمنا في شروط العرف. فبعد ورود نصوص الكتاب والسنة إذا تبدل عرف الناس في معاني الألفاظ الواردة في نصوصها فلا عبرة بهذا التبدل، وتبقى النصوص محترمة. لأن العرف اللفظي القائم عند ورود النص التشريعي، هو الذي يحدد مراد الشارع من كلامه (83).

النــوع الثـالـث :

معارضة العرف للنص الاجتهادي

رأينا فيما سبق أن العرف المعارض للنص الشرعي لا يؤثر عليه إذا كان خاصا. إلا إذا كان النص واردا على عرف أو معللا به. كما رأينا أن

83) انظر شرح تنقيح الفصول ص : 194 والفروق : 1 / 6 وكتاب مالك ص : 250.

العرف الوارد قبل ورود النص العام يخصصه إذا كان قوليا، وحكينا الخلاف في العرف العملي بين من يقول بتخصيصه، ومن لا يرى ذلك، كما عرفنا أن العرف الحادث بعد ورود النص لا يؤثر على النص ولا يعمل به بحال.

أما إذا كان الحكم مستفادا بطريق القياس في الحكم الذي لم ينص عليه الشارع، أو بأحد الأدلة الفرعية الأخرى المعتمدة عند بعض المذاهب كالاستحسان والاستصحاب والمصالح المرسلة وغيرها، فإن العرف حينئذ يعتبر إذا تعارض مع الحكم الاجتهادي ويؤخذ به ويترك به القياس ويرجح عليه عند التعارض، وهذا هو الرأي السائد لدى الفقهاء، فالحكم إن كان عن طريق القياس، فإن العرف أولى منه، ولو كان عرفا حادثا ويعتبر هذا عند الفقهاء من قبيل الاستحسان، فابن العربي عندما قسم الاستحسان جعل النوع الأول منه، ترك الدليل للعرف (84).

وإذا ترجح العرف على القياس وهو يستند إلى نص تشريعي - في الجملة باعتبار الأصل المقيس عليه - فيترجح على الاستحسان، والمصلحة المرسلة التي لا تستند إلى نص من باب أولى...

ومن أمثلة هذا النوع ما يلي:

إن الأصل القياسي يقضي بأن الحاكم له أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه ثم يقضي للمدعي أو عليه بحسب ما يثبت لديه، ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع إليها شيئا من معجل مهرها، وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل، فقالوا لا تسمع دعواها هذه، بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج،

84) الاعتصام للشاطبي 2 / 324.

وعللوا ذلك بالعرف، لأن عادة الناس مطردة لا تكاد تتخلف أن المرأة لا تزف إلى زوجها ما لم يدفع بعضا من مهرها المعجل، أو كله، فتكون دعواها هذه مما يكذبها ظاهر الحال بعد الدخول، فلا تسمع.

نقل شهاب الدين القرافي عن مالك، أن الزوجة إذا أدعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها، فالقول للزوج، مع أن الأصل القياسي عدم القبض (85).

إن القواعد القياسية تقضي بأنه لا يجوز دفع الدين لغير صاحبه، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة، ولكن الفقهاء تركوا القياس في البنت البكر البالغ إذا قبض أبوها مهرها من زوجها حين زواجها، واعتبروا هذا القبض نافذا عليها ومبرئا لذمة الزوج للعرف والعادة، وكذا مسألة دعوى المرأة على زوجها بعد أن تثبت الخلوة بينهما وبعد طلاقه لها أنه وطئها وأنكر هو ذلك، فإن الزوجة شهد لها العرف والزوج شهد له الأصل، وهو براءة الذمة، ولكن رجح العرف فكانت الزوجة مدعى عليها والزوج مدعيا يطالب بالإثبات (86).

واستثنوا صورة واحدة يقدم فيها الأصل على العرف، هي إذا ادعى رجل صالح اتقى الناس في وقته على رجل فاسق بدين فأنكره، فالأصل براءة الذمة، والعرف أن الرجل الصالح لا يكذب ولا يظلم أحدا فالفاسق

---

85) الأحكام ص : 27.

86) مواهب الخلاق : 1 / 108.

مدعى عليه لترجيح الأصل على العرف، والرجل الورع مدع يؤمر بالإثبات، وقد نظم هذه الصورة الصنهاجي فقال :

والأصل والغالب إن تعارضا فقدم الغالب فهو المرتضى
إلا في دعوى صالح على سواه بالدين فالعكس جميعهم يراه (87)

ثم إن القياس إذا كان مستندا إلى علة عرفية، فإن الأحكام القياسية تتبدل في الحكم تبعا لتبدل العرف، وفي ذلك يذكر القرافي أن الإفتاء بالأحكام التي مستندها العوائد بعد تغير تلك العوائد هو خلاف الإجماع، ووصف ذلك بأنه جهالة في الدين، مبينا أن تغير تلك الأحكام ـ وفقا للعوائد المتجددة ـ ليس إنشاء اجتهاد ينقض اجتهاد المجتهدين، بل هو تطبيق لقاعدة أجمع عليها المجتهدون في الشريعة وأوجبوا السير في ظلها (88).

المبحث الثاني :

تعارض العرف مع اللغة

اختلف الأصوليون في تقديم العرف أو اللغة عند التعارض، فبعضهم مال إلى ترجيح الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوي، وذهب آخرون إلى ترجيح العرف باعتباره محكما في كثير من التصرفات، لا سيما في الأيمان

87) نفس المصدر.
88) الأحكام ص : 68.

والجمهور على أن العرف مقدم على اللغة، لأن القوم متى اعتادوا شيئا خالفوا فيه اللفظ الأصلي، اعتبر ناسخا له. وهذا الرأي ذهب إليه القرافي، فقد صرح في الأحكامَ أنه ينبغي «أن يعلم أن معنى العادة في اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ واستعماله في معنى حتى يصير هو المتبادر من ذلك اللفظ عند الإطلاق. مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب، وهو معنى قول الفقهاء إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض (89)، ويضيف قائلا : «ينبغي أن يدور لفظ الفتيا فيها مع اشتهارها في العرف وجودا وعدما، ففي أي شيء اشتهرت حملت عليه بغير نية، وما لم تشتهر لم تحمل عليه إلا بنية (90) وأطال الكلام في هذا الموضوع في الفروق ومما ورد فيه قوله : «إذا ظهر لك أن العرف كما ينقل أهله اللفظ المفرد فينقلون المركب أيضا، فمثل هذا النقل العرفي يقدم على موضوع اللغة لأنه ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ فهذا معنى قولنا إن الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية (91).

مثال ما رجح فيه القرافي الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية، قوله صلى الله عليه وسلم : «لا يقبل الله صلاة بغير طهور» إن حملناه على اللغوى وهو الدعاء لزم أن لا يتقبل الله دعاء بغير طهارة، ولم يقل به أحد، فيحمل على الصلاة في العرف، وهي العبادة المخصوصة فيستقيم (92).

---

89) الأحكام ص : 68 ـ 69 والتبصرة : 2 / 68.
90) الأحكام ص : 69.
91) الفروق : 1 / 172.
92) شرح تنقيح الفصول ص : 114.

ونفس الرأي ذهب إليه العقباني ـ أبو الفضل ـ (93) إذ ورد في كلامه أن كثيرا من مسائل الفقه يجري الحكم فيها على مقصود أهل العرف، وإن كانت الألفاظ تدل على خلاف ذلك (94).

وهو ما عبر عنه الإمام الشاطبي عندما أكد بأنه «لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر، فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثمة عرف، فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جار في المعاني والألفاظ والأساليب» (95).

إلا أن المقري اتجه اتجاها آخر، ومال إلى تقديم اللغة على العرف، ورأى أن ذلك هو مشهور مذهب مالك، حيث أورد في القاعدة (464) من قواعده «أن العرف لا يقدم على اللغة على مشهور مذهب مالك» (96) وتقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية، هو الرأي السائد لدى المذهبين الحنفي والشافعي، فقد ورد في الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي أن الأيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية (97).

وحكى الحافظ السيوطي الاختلاف الموجود في مذهبه، مصرحا بأن القاضي الحسين رجح الحقيقة اللغوية في حين مال البغوي (98) إلى الدلالة العرفية (99)، ونبه السيوطي إلى أن الخلاف في تقديم العرف أو

93) أبو الفضل قاسم بن سعيد العقباني التلمساني توفي عن سن عالية سنة 854 هـ.
94) المعيار : 4 / 30.
95) الموافقات : 2 / 80.
96) قواعد المقري : ص : 63.
97) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص : 97.
98) أبو الحسن بن مسعود الفراء البغوي الشافعي المتوفى سنة 516 هـ.
99) الأشباه والنظائر للسيوطي ص : 66.

اللغة إنما هو في العربي، أما العجمي فيعتبر عرفه قطعا إذ لا وضع يحمل عليه (100).

وقد بنى الفقهاء كثيرا من الأحكام على هذه القاعدة. فذكر القرافي أنه لو قال البائع بعتك بوضيعة العشرة أحد عشر أو بوضيعة العشرة عشرين أو أكثر من ذلك، قال الأصحاب هذا اللفظ يقتضي عادة أن يأخذ بكل أحد عشرة، عشرة، ويحط نصف الثمن في اللفظ الآخر، ويلزمون ذلك المتعاقدين من الجانبين لمجرد هذا اللفظ لأنه العادة. وهذه العادة قد بطلت ولم يبق هذا اللفظ يفهم منه اليوم هذا المعنى البتة. بل أكثر الفقهاء لا يفهمه فضلا عن العامة. لأنه لا عادة فيه. ولا يفهم منه شيء معين باعتبار اللغة أيضا. فينبغي إذا وقع هذا العقد بين العامة في المعاملات أن يكون العقد باطلا. فإنه ليس عادتهم استعماله البتة. لأن طول أعمارنا لم نسمعه إلا في كتب الفقه. أما المعاملات فلا. وإذا لم يكن الثمن معلوما بالعادة ولا باللغة كان العقد باطلا » (101).

وكذا ما ورد في المدونة إذا قال الرجل لامرأته أنت حرام أو خلية أو برية أو وهبتك لأهلك. يلزمه الطلاق الثلاث (مدخول بها) ولا تنفعه البينة أنه أراد أقل من الثلاث، وهذا بناء على أن هذا اللفظ في عرف الاستعمال اشتهر في إزالة العصمة، واشتهر في العدد الذي هو الثلاث (102).

---

100) المصدر السابق.
101) الأحكام ص : 69.
102) الفروق : 3 / 287.

ولو قال شخص لامرأته هذه أختي ونوى أخته في الدين لم تحرم بذلك ولم يكن مظاهرا لجريان اللفظ على لسانه اختيارا. فإذا ظهر قصده بخلاف معناه اعتبر قصده (103).

المبحث الثالث :

تعارض العرف مع الشهادة

واختلف الفقهاء هل ينزل العرف منزلة شاهد واحد أو شاهدين إذا تعارضا بأن شهد العرف لشخص واحد وشهد الشاهد لشخص آخر.

ذهب البرزولي (104) إلى أن العرف يعتبر كشاهد واحد فقط. وعلى هذا يرى أنه لا بد من وجوب اليمين على من شهد له العرف صراحة أو احتمالا. وما ذهب إليه البرزلي هو المعتمد. وهو رأي جمهور الفقهاء. وقيل هو بمثابة الشاهدين. وحينئذ لا تتوجه اليمين على من شهد له العرف (105).

قال المهدي الوزاني معلقا على هذا الخلاف. أما كون المتقرر من العادات بمنزلة شاهد واحد فقط لا شاهدين فهو المعتمد. وقد رجح هذا الرأي الشيخ الرهوني (106).

---

103) الفروق : 3 / 172.

104) أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني التونسي فقيهها ومفتيها توفي عام 841 هـ ونيف على المائة حسبما صرح به مخلوف في شجرة النور ص : 245.

105) شرح الزقاقية لعمر الفاسي 210.

106) أبو عبد الله محمد بن أحمد الرهوني شيخ الجماعة وخاتمة المحققين مولده سنة 1159 وتوفي سنة 1230 هـ

ونظم هذا الخلاف أبو زيد الفاسي في العمليات فقال :

والمتقرر من العادات كشاهد أو شاهدين آت

وعلى الرغم من أن جمهور الفقهاء يعتبرون العرف كشاهد واحد، إلا أنهم اعتبروه بمثابة الشاهدين في كثير من أبواب الفقه، كإرخاء الستور في دعوى الدخول والاغتصاب، ومجيء المرأة تدمي وهي متعلقة برجل في دعوى الوطء كرها، والرهن في الاختلاف في قدر الدين، والحوز في التنازع في معين، والنكول في الإنكار، ومعرفة العفاص والوكاء في اللقطة، وكون الشيء مما يعرف للنساء أو للرجال في التنازع في متاع البيت (107).

وذكر المهدي الوزاني أن وجود الرهن بيد المرتهن شاهد عرفي لجري العادة، بأنه لا يجوز إلا بعد أداء الدين الذي رهن فيه (108).

وأرى أن العرف في هذه الأمثلة قد عززته القرينة فحلت محل الشاهد الثاني، على أنهم صرحوا بأن الشهادة إذا خالفت العرف، فإن هذه الشهادة ترد ولا تعتبر (109).

وقد صرح سحنون بأن اشتهار الشخص بالسرقة هو شاهد عرفي أقوى من البينة الناطقة (110).

وأشار المهدي الوزاني في حاشيته إلى أن ابن رشد قدم ما شهدت به العادة على شهادة الشهود في كثير من الأحكام (111).

107) شرح الزقاقية لعمر الفاسي 206.
108) حاشية المهدي الوزاني : 1 / 312.
109) المعيار الجديد : 7 / 136.
110) البهجة للتسولي : 2 / 350.
111) 1 / 199.

الفصل السادس

أثر العرف على النصوص

العرف كما يحكم في القضايا عند عدم النص، كذلك يحكم مع وجوده، أما تحكيمه في غيبة النص فذلك ظاهر، فيصار إليه كلما عدم النص، وأما تحكيمه مع وجود النص فيظهر دوره في تحديد هذا النص بأن كان عاما أو مطلقا أو كان معللا بالعرف أو دعت إلى تحكيم العرف وترك النص ضرورة قصوى، وهذا تقدم بيانه...

وأما دوره في توجيه النصوص أو أثره عليها، فهو أن يخصص عمومها ويبين مجملاتها، ويقيد مطلقاتها.

وسواء كانت هذه النصوص ألفاظا للشارع، بأن كان النص قرآنا أو سنة، أو كان صادرا عن مجتهد، كانت هذه النصوص فعلية أو قولية. فعمومات ألفاظ الشارع من آيات وأحاديث يبين منها المجمل ويقيد منها المطلق، وإن كان المقيد أو المبين في الحقيقة في قسمي العرف الفعلي إنما هو إقرار الشارع، ودليل الإجماع.

وقد نصوا على أن العرف على قسمين : تارة يرجح به القول ولو ضعيفا إذا كان موافقا له، كما في قول الزقاقية : «على العرف عولا» وتارة يبنى عليه الحكم، كالإختلاف في متاع البيت، إذا شهد العرف أنه لأحد الزوجين (1) وسنوجز هذا الفصل في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول :

عرف الشارع القولـي :

يعتبر عرف الشارع القولي محكما بالإتفاق لأنه ناسخ للغة ـ كما تقدم عن القرافي حيث قال : «وعندنا أن العوائد مخصصة للعموم» وفسرها

1) تحفة الأكياس : 1 / 196.

في شرح التنقيح بالعوائد القولية حيث ذكر القاعدة : أن من له عرف وعادة في لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه».

فإن كان المتكلم هو الشارع حمل لفظه على عرفه، وخصصنا به عموم لفظه، إن اقتضى العرف تخصيصا، وحملناه على المجاز إن اقتضى العرف المجاز وترك الحقيقة.

و بالجملة، فدلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة، لأن العرف ناسخ للغة، والناسخ مقدم على المنسوخ (2).

والعوائد القولية تؤثر في الألفاظ تخصيصا ومجازا وغيرهما (3)، مثال تبيين عادة الشارع القولية للمجمل قوله صلى الله عليه وسلم : «لا صلاة إلا بطهور» فإن لفظ الصلاة مشترك بين الأركان المخصوصة والدعاء بخير، وقد بين عرف الشارع القولي أن المراد به الأركان المخصوصة لأنها هي المحتاجة للطهارة.

أما الدعاء بخير فلا يحتاج إليها اتفاقا، وكذا لفظ الطهارة فإنه مشترك بين الطهارة المخصوصة والنظافة، وقد بين عرف الشارع القولي أن المراد به العبادة المخصوصة، لأنها هي المشترطة في صحة الصلاة، وأما مطلق النظافة، فليس بشرط في صحة الصلاة اتفاقا.

ومثال تقييدها للمطلق : حمل قوله صلى الله عليه وسلم : «من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف» - على اليمين بالله خاصة، وقالوا إن الاستثناء لا يندفع إلا بها دون غيرها من سائر الأيمان، لأن عرف الشارع القولي نقل لفظ الحلف عن معناه اللغوى - وهو مطلق اليمين بالله خاصة

2) شرح تنقيح الفصول ص : 211.
3) نفس المصدر.

حتى صار حقيقة عرفية فيها، بحيث إذا أطلق لفظ الحلف أو اليمين في كلام الشارع لا يتبادر إلى الذهن منه إلا اليمين بالله (4).

قال ابن فرحون ـ مبينا حديث من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف ـ : أن الحلف بالطلاق والعتاق جعله الشرع من أيمان الفساق، فلا ينصرف إلا إلى اليمين بالله خاصة (5).

المبحث الثانـي :

عرف الشارع الفعلـي :

ينقسم عرف الشارع الفعلي إلى قسمين :

أولا : ما تقرر منه قبل ورود العام أو المطلق أو المجمل (6) ولم يستمر بعده، فليس يحكم فيه على الراجح.

ثانيا : ما تقرر بعد وروده بترك بعض المأمور به أو فعل بعض المنهي عنه فيه أو بتفصيل بعض محتملات المجمل أو تقييد المطلق وقد أطلع عليه النبي (ص) وأقره أو أقره المجتهدون من الصحابة أو التابعين أو من بعدهم، فهذا يخصص العام ويقيد المطلق ويبين المجمل.

هذا عن عرف الشارع، أما عرف العوام فكحقيقة عرف الشارع المتقدم، وهو على قسمين أيضا : قولي وفعلي :

أ ـ فالعرف القولي هو أن يغلب استعمالهم للفظ في معنى غير معناه اللغوى حتى يصير هو المتبادر إلى الذهن منه عند الإطلاق، وهو على قسمين : عام وخاص، فالعام كلفظ الدابة، فقد نقله العرف العام عن

---

4) حسام العدل والإنصاف ص : 3.

5) تبصرة الحكام 2 / 72.

6) نقصد بالعام والمطلق والمجمل النص الموصوف بها.

معناه اللغوى وهو كل ما يدب على وجه الأرض إلى معنى خاص وهو ذوات الأربع والخاص كلفظ الدابة أيضا إذا نقله العرف الخاص في بلد من البلدان إلى الحمار خاصة، وكلفظ مائة مثقال في عقد النكاح فقد نقله العرف الخاص في بلد شنقيط - كما يذكر الولاتي - عن معناه اللغوى وهو العدد المخصوص من الذهب إلى عشرة أثواب، حتى صار لفظ المائة الحالة إذا أطلق في عقد النكاح بهذه البلاد (شنقيط) لا يتبادر إلى الذهن منه إلا الأثواب العشرة (7).

وقد نص الأصوليون على أن العرف الخاص كالعرف العام في التحكيم (8).

ب - وأما العرف الفعلي : فهو أن يغلب معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها.

مثال المعنى الغالب على جميع البلاد : تملك الرجل لآلة الحرب وتملك النساء للفرش والوسائد، فإن هذا المعنى غالب على جميع البلاد أو جلها، ومثال المعنى الغالب على بعض البلاد ترك الإيصاء وتقديم القضاة على اليتامى، وجريان العرف بقيام الأكابر على الصغار في الولاية، فإن هذا المعنى غالب على أهل بعض أقاليم المغرب حتى صار قيام الأكابر على الأصاغر قائما مقام الإيصاء، وتقديم القاضي عرفا.

وأما ما يحكم فيه كل منهما من الأحكام الشرعية، فالقولي جعل له الشرع التحكيم في ألفاظ الناس في الأيمان والمعاملات من العقود

---

7) حسام العدل والإنصاف : ص : 4.

8) نشر البنود : 1 / 210.

والاقرار والشهادات والدعاوى يخصص عمومها ويقيد اطلاقها ويبين اجمالها.

وأما الفعلي : فقد جعل له الشرع التحكيم في مسائل متفرقة منها معرفة أسباب الأحكام من العقوبات الإضافية والتقادير الشرعية كتقدير نفقات الزوجات والأقارب وكسوتهم، ومنها المناسبات كتخيير ما هو الأنسب للرجال من متاع البيت وما هو الأنسب للنساء منه وما أشبه ذلك كأقل الحيض وأكثره، وما العادة فيه من المبيعات النقد، وما العادة فيه التأجيل، وما يعد عيبا وما لا يعد كذلك (9) قال في الضياء اللامع : «ومتى انتقل العرف تبعه الحكم، وحكى المقرى الإجماع على ذلك» (10).

وأما كيفية تحكيم كل منهما فيما حكم فيه، فكتخصيص العرف العام القولي ليمين من حلف لا ركب دابة بذوات الأربع فلا يحنث بركوب غيرها من كل ما يدب على وجه الأرض، وكتخصيص العرف الخاص بأهل بلد معين ليمين من حلف من أهلها لا ركب دابة بالحمار لأن الدابة حقيقة عرفية في الحمار عند أهل هذا البلد، متى اصطلحوا على ذلك وتعارفوا عليه، وكحمل العرف في بعض الجهات من المغرب الولي الخاص بلا ايصاء ولا تقديم قاض بمنزلة الوصي يمضي تصرفه في مال الصبي في القليل والكثير، لأن اهمال الايصاء وقيام الأكابر على الأصاغر في هذه البلاد جرى به العرف، حتى صار بمنزلة الايصاء، ولأن الآباء إنما يهملون الايصاء اتكالا على أولياء بنيهم بأنهم يقومون عليهم

9) حسام العدل والإنصاف ص : 4 ـ والضياء اللامع : 3 / 157.
10) الضياء اللامع 3 / 157 على هامش نشر البنود . ط. ف.

ويحضنونهم، وهذا مما استحسنه المتأخرون، لأن العرف الجارى بين الناس كأهل البوادى والأرياف وغيرهم يموت الواحد منهم ولا يوصي على أولاده اعتمادا على أخ أو جد أو عم لهم يعرف بالشفقة عليهم ينزل منزلة التصريح بايصائه عليهم، وهي مسألة كما يقول أبو الشتاء الصنهاجي «نافعة كثيرة الوقوع» (11).

فتبين من هذا أن عرف العوام القولي إنما يحكم في ألفاظهم في الأيمان والمعاملات، وعرفهم الفعلي إنما يحكم في أمور معلومة عند العلماء، أحالها الشرع عليه. غير أن عادة العوام لا يعمل بها ولا يحكم بها إذا صادمت ألفاظ الشارع وأفعاله وتقريراته لأن ألفاظ الشارع وأفعاله حق وصواب وارشاد إلى سبل النجاة بنى أساسها على جلب المصالح الدنيوية للعباد ودرء المفاسد عنهم. بخلاف عرف العوام فإن فيه الكثير من الضلال والباطل لأنه في الكثير منه مؤسس على الهوى وتزيينات النفس وترهات الشيطان، والباطل لا يعارض الحق ولا يحكم فيه. قال تعالى : **«ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن»** فبان مما سبق أن أثر العرف على النصوص أنه يخصص العام ويقيد المطلق ويفسر ما أبهمه المتعاقدان (12) وسواء كان هذا العرف قوليا أم فعليا (13) ليس هذا فحسب، بل إنه يرجح الأقوال الضعيفة. نقل صاحب المعيار أن «نصوص المتأخرين من أهل المذهب متواطئة على أن

---

11) تحرير الوثائق العدلية : 1 / 256 وأصل هذه المسألة هي رواية ابن غانم عن مالك أن الكافل بمنزلة الوصي، ونقل عن أبي الفضل راشد أن أبا محمد صالح قال : هذه الرواية جيدة لأهل البوادي لإهمالهم الايصاء والتقديم.

12) المعيار : 4 / 6 شرح السجلماسي لعمل فاس : 1 / 123.

13) سبق أن بينا أن رأي القرافي في العرف الفعلي لا يساير رأي الجمهور.

العرف مما يرجح به» (14) ويعتمد عليه أيضا في انشاء أحكام جديدة يبنيها المجتهدون عليه...

المبحث الثالث :

نوع النصوص التي تتأثر بالعرف :

غير أن العرف ولو أن له هذه القوة في توجيه النصوص والتأثير عليها فإنه يجب أن نلاحظ أن العرف لا يؤثر إلا في النصوص الظنية. أما القطعية فلا يقوى على التأثير فيها بأن يخصصها مثلا لأن التخصيص فرع التعارض والتعارض يستلزم التساوى والعرف على أية صورة وقع لا يرقى إلى مرتبة النصوص القطعية حتى يعارضها فيخصصها.

وبعبارة أخرى، فإنه لا يقوى على معارضة النصوص التي أتت بأحكام لا تتغير مصالحها بتغير الأيام كنصوص الربا والخمر والميراث والحدود والقصاص وما شابهها.

أما النصوص التي أتت بأحكام تحتمل مصالحها التغيير أو أنها بنيت على مصلحة العرف القائم حين ورودها، فإنه يقوى على معارضتها كما سبق أن بينا.

ومن يستقرىء النصوص التي قيل إنها خصصت بالعرف، يجدها كلها نصوصا ظنية، لأنها أحاديث ثبتت بطريق الظن الغالب لا بطريق القطع فوق أن دلالتها قد تكون ظنية لاحتمالها لأكثر من معنى، ومن هنا لا يعتبر العرف المخالف للإجماع الصحيح المفيد للحكم القطعي، وإذا

---

14) المعيار : 4 / 6.

تعارض مع القياس قدم عليه لأن المصلحة الثابتة بالعرف محققة ومصلحة القياس محتملة لكونه لا يفيد إلا الظن (15).

ولكن هناك من يذهب إلى أن مذهب الإمام يقول بتخصيص العرف للنص القطعي، غير أن هذا مشروط بأن يكون هذا النص ظني الدلالة فآية الوالدات يرضعن اولادهن التي قيل إن الإمام مالكا خصصها بالعرف، فهي وإن كانت قطعية الثبوت إلا أنها ظنية الدلالة لأنها تحتمل معنيين كما يقول ابن العربي في الأحكام (16) يقول القرطبي في تفسيرة : «واختلف الناس في الرضاع هل هو حق للأم أم هو حق عليها، واللفظ محتمل لأنه لو أراد التصريح بكونه عليها لقال وعلى الوالدات رضاع أولادهن كما قال تعالى : **«وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن» ولكن هو عليها في حال الزوجية وهو عرف يلزم إلا أن تكون شريفة ذات ترفه فعرفها ألا ترضع وذلك كالشرط** (17).

سئل ابن عبد السلام الناصرى عما إذا تعارض العرف في الأصدقة مع متن رسومها فأجاب بأن العرف وإن كان - كما في المعيار - أسلوبا معتادا عند الأئمة من غير خلاف وبه الحكم والفتيا، فمعنى ذلك أن القول لمن وافقه العرف حيث يعارض الخصم بمجرد دعوى تخالف العرف، فيكون القول لمن شهد له العرف (18).

---

15) أصول الفقه لشلبي ص : 325.
16) 1 / 204.
17) الجامع لأحكام القرآن : 3 / 161.
18) تحفة الأكياس : 1 / 79.

الفصل السابع

منزلة العرف بين الأَدلة

المبحث الأول : الأصـــول

اعتمد الإمام مالك في فقهه على أصول كثيرة استخرج على أساسها أحكام الفروع التي قيد نفسه في الاستنباط بقيودها..

وهو وإن لم يدونها، ولا بين البواعث التي دفعته إلى الأخذ بها فقد أشار إليها في مسائله، وفي الأحاديث التي دونها أو رويت عنه، وجاء تلاميذه فتتبعوا الفروع واستخرجوا منها ما يمكن أن يكون أصولا قام عليها الاستنباط، ودونوا تلك الأصول على أنها أصول مالك، فقالوا في شأنها كان مالك يأخذ بظاهر القرآن، وبظاهر السنة، وبمفهوم المخالفة، وبفحوى الخطاب (1) وبمراعاة الخلاف (2).

فهي ليست أقوالا له مأثورة رويت عنه، وإنما هي مستخرجة من الفروع، فهي مجهود العلماء الذين أتوا بعده (3).

وهذا لا يعني أنها خفيت عنه أو لم يكن يعتبرها، بل يوجد في كلامه ما يفيدها، فقد صرح مثلا بأخذه بعمل أهل المدينة، وبين البواعث التي أدت به إلى الأخذ به، كما أن في الموطأ ما يدل دلالة

---

1) فحوى الخطاب : هي إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه بطريق الأولى.

2) مراعاة الخلاف : أعمال دليل الخصم في لازم مدلوله، الذي أعمل في نقيضه دليل آخر، انظر بيان ذلك في البهجة للتسولي 1 / 10.

3) نظير ما فعله علماء الحديث بصحيح البخاري، فهو لم يبين الشروط التي اشترطها وإنما ذلك عمل من أتى بعده من المحدثين.

قطعية على أنه أخذ بالقياس (4)، ففي هذا الكتاب ما يشير إلى أنه يعتمد على هذه الأصول، ولو لم يصرح بها بصريح العبارة (5)، فكانت بمثابة الأسس التي قامت عليها أقوال من أتى بعده، وعليها استندوا في التخريج والاستنباط...

وقد اختلف المالكية في عد هذه الأصول التي بني عليها الفقه المالكي، فعدها الشيخ أبو محمد صالح (6) ستة عشر أصلا وهي : نص الكتاب وظاهره وهو العموم ودليله وهو مفهوم المخالفة ومفهومه وهو باب آخر (مراده مفهوم الموافقة)، وتنبيهه وهو التنبيه على العلة، ومن السنة مثل هذه الخمسة، فالمجموع عشرة، ثم الإجماع، وعمل أهل المدينة وقول الصحابي، والإستحسان والحكم بسد الذرائع، واختلف قوله في مراعاة الخلاف (7) فمرة يراعيه ومرة لا يراعيه (8).

---

4) بل ان ابن العربي يذكر في القبس أن الإمام مالكا قصد في الموطأ تبيين أصول الفقه وفروعه (ص : 7).. كما يذكر أنه بناه على تمهيد الأصول للفروع ونبه فيه إلى معظم أصول الفقه التي ترجع إليها مسائله وفروعه، انظر القبس (ص : 1، ص : 7)، مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1916 ك.

5) وقد أورد جملة منها ابن العربي في القبس - مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1916 ك.

6) أبو محمد صالح الهسكوري الفاسي صاحب التقييد على الرسالة المتوفى 653 هـ.

7) ذكر أبو يحيى الغرناطي شارح التحفة وابن ناظمها في شأن مراعاة الخلاف ما نصه «مراعاة الخلاف لا يطردونه في جميع المواضع ثم مراعاة الخلاف اما أن تكون صحيحة وإما أن تكون غير صحيحة فإن كانت صحيحة جارية على أصول الشريعة وجب اعتبارها على الإطلاق، وإما اعتبارها في بعض المسائل دون بعض فذلك يفتقد إلى ضابط يعرف به الموضوع الذي يجب او يجوز او يراعى فيه الخلاف من الذي لا يراعى فيه انظر شرح التحفة مخطوط الخزانة الملكية رقم : 9856 ص 2 والموافقات 4 / 150.

8) نقل عن الامام الشاطبي انه قال : قد عد الناس الادلة ولم ار من عد اصول مراعاة الخلاف اصلا منها، والظاهر ان الدليل هو المتبع، فحيثما صار صير اليه انظر : المعيار : 2 ، 272 والبهجة : 2 ، 133.

ولما قسم القرافي الأدلة (9) قال إنها تسعة عشر بالاستقراء وهي الكتاب والسنة. واجماع الأمة. واجماع أهل المدينة والقياس وقول الصحابي والمصلحة المرسلة والاستصحاب والبراءة الأصلية والعوائد. والاستقراء. وسد الذرائع والاستدلال والاستحسان والأخذ بالأخف. والعصمة. واجماع أهل الكوفة. واجماع العترة واجماع الخلفاء الأربعة (10)

أما الإمام الشاطبي فقد رد الأدلة الشرعية إلى ضربين دون أن يفصلهما. أحدهما : ما يرجع إلى النقل. والثاني ما يرجع إلى الرأي (11) وهذه القسمة بالنسبة لأصول الأدلة. وإلا فكل واحد من الضربين مفتقر إلى الآخر. لأن الإستدلال بالمنقول لا بد فيه من النظر كما أن الرأي لا يعتبر شرعا إلا إذا استند إلى النقل.

ويبدو أن الحافظ أبا بكر ابن العربي يعد أصول مذهب مالك عشرة فقد صرح في العارضة بأن العرف أحد القواعد العشر التي تركبت عليها أحكام المعاملات في المذهب المالكي (12).

---

9) قسمها إلى قسمين : من حيث مشروعيتها ومن حيث وقوعها. انظر شرح تنقيح الفصول ص : 445.

10) نفس المصدر. وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأصول مشتركة بين جميع المذاهب وبعضها لا يقول بها إلا الشيعة فيما نعلم واجماع أهل الكوفة وإجماع الخلفاء الأربعة لا يقول بهما إلا من شذ.

11) الموافقات : 3 / 41 واقتصار الشاطبي على هذا التقسيم له وجه صحيح لأن عمل أهل المدينة وقول الصحابي اعتمدهما مالك باعتبار أنهما من شعب السنة. كماأن كلمة الرأي تشمل بعمومها المصالح المرسلة وسد الذرائع والعادات والاستحسان والاستصحاب. لأن هذه من مشمولات الرأي.

12) انظر نوازل ابن هلال ص : 8 ملزمة 29 ط. ف.

على أن بعض المالكية يهبط بهذه الأدلة إلى أربعة، كما هو صنيع الشيخ ماء العينين (13) ولا أراه إلا مشيرا إلى رأي القاضي الحسين الشافعي...

ويذكر السبكي (14) في الطبقات أن أصول مذهب مالك تزيد عن خمسمائة ولعله يشير إلى القواعد التي استخرجت من فروعه المذهبية فقد أنهاها القرافي في فروقه إلى خمسمائة وثمان وأربعين قاعدة وأنهاها غيره، إلى الألف والمائتين كالمقرى وغيره، لكنها في الحقيقة تفرعت عن تلك الأصول التي ذكرناها، والإمام مالك ـ رحمه الله ـ لم ينص على كل قاعدة، وإنما ذلك مأخوذ من طريقة أصحابه في الإستنباط (15).

ولاحظ المرحوم الشيخ أبو زهرة أن مذهب مالك أكثر المذاهب أصولا، حتى إن علماء الأصول من المذهب المالكي يحاولون الدفاع عن هذه الكثرة، وقال إن أقل أصوله تسعة (16).

أما ترتيب هذه الأدلة في المذهب المالكي من حيث الحجية والإعتبار، فهو ما أثبته القاضي عياض (17) في المدارك إذ قال : «فأنت إذا نظرت لأول وهلة منازع هؤلاء الأئمة وتقرير مآخذهم في الفقه والاجتهاد في الشرع، وجدت مالكا ـ رحمه الله ـ ناهجا في هذه الأصول

---

13) دليل الرفاق على شمس الاتفاق : 1 / 35 ط. ف.

14) تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي قاضي القضاة المتوفى عام 771 هـ.

15) الفكر السامي : 2 / 165.

16) مالك ص : 376 ط : ثانية وعلق على هذه الكثرة بقوله : «وان نوع الأصول التي يزيد بها المذهب المالكي على غيره ومسلكه في الأصول التي اتفق فيها مع غيره يجعلانه أكثر مرونة وأقرب حيوية وأدنى إلى مصالح الناس وما يحسون وما يشعرون وبعبارة جامعة أقرب إلى الفطرة الإنسانية التي يشترك فيها الناس ولا يختلفون إلا قليلا بحكم الإقليم والمنزع والعادات الموروثة...».

17) أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي حافظ المغرب وشهيره ولد في شعبان 476 هـ وتوفي بمراكش في جمادى الآخرة سنة 544 هـ.

مناهجها، مرتبا لها مراتبها ومدارجها، مقدما كتاب الله ومرتبا له على الآثار، ثم مقدما لها على القياس والاعتبار، تاركا منها ما لم يتحمله عنده الثقاة العارفون بما تحملوه، أو ما وجد الجمهور والجم الغفير من أهل المدينة قد عملوا بغيره وخالفوه..

وكان يرجح الاتباع، ويكره الإبتداع والخروج عن سنن الماضين» (18).

المبحث الثانـــي :

القواعـــــد :

قسم المالكية القواعد إلى قسمين :

الأول : ماهي أصول لأمهات مسائل الخلاف.

الثاني : ماهي أصول المسائل.

فالقسم الأول هو مراد الإمام المقرى في قواعده إذ يذكر أنه قصد إلى تمهيد ألف ومائتي قاعدة هي الأصول القريبة لأمهات مسائل الخلاف المبتدلة والقريبة، وأضاف أنه يعني بالقاعدة كل كلى هو أخص من الأصول، وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة (19) فهو لا يقصد في قواعده : القواعد الأصولية العامة ككون الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس حجة، وكحجية المفهوم والعموم، وخبر الواحد، وكون الأمر للوجوب والنهي للتحريم ونحو ذلك، ولا القواعد الفقهية الخاصة، ككل ما لم يتغير أوصافه طهور، وكل طير

---

19) شرح المنجور لقواعد الزقاق ص : 2 مخطوط السيد محمد حنانا ويقارن بالنسخة المطبوعة على الحجر ص : 2 ملزمة 2 والفكر السامي 2 / 165.

18) ترتيب المدارك : 1 / 89 طبع وزارة أوقاف المغرب.

مباح الأكل، وكل عبادة بنية ونحو ذلك.. وإنما المراد ما توسط بين هذين، مما هو أصل لأمهات مسائل الخلاف، فهو أخص من الأول، وأعم من الثاني هذا هو الغالب من فعله، وإلا فقد ذكر أيضا قواعد أصولية وقواعد فقهية تكميلا للفائدة (20).

ونحن إذا نظرنا إلى هذه القواعد، وجدنا كل مذهب قد اختار قواعد وأصولا اعتمد عليها في الاستنباط، وكل مذهب أراد أن يجعل مذهبه مبنيا على عدد محصور، فحصر الدبوسي (21) مذهب الحنفية في أربع عشرة قاعدة، وجعل القاضي الحسين مبنى الفقه الشافعي على أربعة قواعد (22) ونفس الشيء فعله ابن رجب الحنبلي، بالنسبة لمذهب الحنابلة فقد جمع جملة وافرة منها (23).

أما مذهب الإمام مالك، فلا شك أنه أغزر هذه المذاهب من حيث الأصول والقواعد كما أشرنا إلى ذلك آنفا وإذا كان البعض قد حصر قواعده في ست عشرة أو سبع عشرة أو غيرها على الخلاف الذي حكيناه في ذلك، فإن المحققين منهم قالوا إن ذلك لا يمكن ضبطه وحصره...

يقول الشيخ أبو زهرة في هذا الشأن : «وقد اختبره (أى المذهب المالكي) العلماء في عصور مختلفة، فاتسع لمشاكلهم واختبره علماء القانون في عصرنا الحاضر فكان مسعفا لهم في كل ما يحتاجون إليه من علاج، لكثرة مجتهديه، وكثرة أصوله، ونوع الأصول التي أكثر منها، وأنه أكثر المذاهب أصولا» (24).

---

20) نفس المصدر.
21) أبو عبد الله بن عمر الدبوسي السمرقندي الحنفي المتوفى سنة 430 هـ
22) فتح الباري : 4 / 276.
23) انظر قواعد ابن رجب وقد عد منها 160 قاعدة.
24) مالك ص : 376 ط : ثانية.

هذه هي أصول المالكية أو الأدلة التي جعلوها مصادر تبني عليها الأحكام. لكن ما منزلة العرف بين هده الأدلة .

المبحث الثالـث :

منزلة العرف بينهمـــا :

إن فقهاء الشريعة الإسلامية ـ على اختلاف مذاهبهم ـ متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلا يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص الشرعي من الكتاب والسنة. يدل على ذلك تلك القواعد التي صاغوها في مؤلفاتهم وتداولوها في كتبهم من نحو «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»، و«العادة محكمة»، والعادة كالشرع» (25).

والشارع نفسه قد اعتبر العرف في كثير من الأحكام وأقره كما هو أو بعد تنظيمه وصقله كما ذكرنا..

وإن تتبعنا لمختلف المصادر الفقهية، ونظريات المذاهب على اختلاف نزعاتها، يجعلنا نوقن أن العرف ركن من أهم الأركان التي يستند اليها الفقهاء في استنباطهم وتخريجاتهم، بل إن نظر القاضي والمفتي يتسع كلما أوغل في الإعتماد عليه، ومن جهة أخرى فإن مألوف الناس لفعل شيء متى استقر عرفا لهم يجعلنا نوقن بأن الباعث لهم على ذلك أول الأمر هو حاجتهم إليه، إذ هو الذي يحقق لهم النفع ويدفع عنهم الضرر، فلو منعوا من ذلك بعد اعتيادهم اياه وقعوا في الحرج ولحقتهم المشقة، فاعتباره اذن يرجع إلى أصل رفع الحرج وهذا أصل أصيل مقرر في الكتاب والسنة جاء في كتاب الله «وما جعل عليكم في الدين من

25) بهجة النفوس لابن أبي جمرة : 1 / 44 ـ وكتاب البادية ص : 15.

حرج» «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» إلى غيرها من النصوص.

وإذا كان الأمر كهذا فمرتبته بين الأدلة تأتي مباشرة بعد الكتاب والسنة، لأنه يرجع إلى المصلحة، ولما كان راجعا إلى المصلحة يكون في رتبتها، وليس بعد كتاب الله وسنة رسول الله (ص) إلا المصلحة، فالإجماع لم يراع فيه المجتهدون إلا المصلحة، وكذا الشأن بالنسبة إلى القياس (26).

فمهما تحققت المصلحة سار الناس إليها، ومهما استعصى الأمر على المجتهد أو عدم النص من الكتاب والسنة أو جهله لاح له العرف الصحيح، يأخذ به، لأن العمل به كفيل بتحقيق المصلحة للناس وبواسطته يدرك المنفعة أو المفسدة فيقرر الأولى ويرفض الثانية وقد وجدنا الفقهاء يصرحون بأن العرف أصل من الأصول الشرعية.

يقول الحافظ أبو بكر ابن العربي «ان العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى بها في الأحكام (27).

وذكر الشيخ أبو زهرة أن العرف من الأدلة الشرعية عند جمهور الفقهاء (28).

إلا أن بعض الباحثين يذهب إلى أن العرف ليس أصلا بذاته في مقابل الأصول، إذ هو في رأيه لا بد من أن يرجع إلى حجة قطعية، وهو

---

26) سبق ان بينا ان العرف يقدم على القياس اتفاقا.

27) أحكام القرآن : 4 / 1840.

28) موسوعة الفقه الإسلامي : 1 / 242.

إقرار الشارع له وإمضاؤه. يقول الدكتور محمد تقي الحكيم : «ان عد العرف أصلا في مقابل الأصول لا أعرف له وجها» (29).

وقد اعتبره الشيخ ابن عاشور مصدرا فطريا (30).

ولنا أن نقول بعد هذا إن العرف كما يصح أن يسمى أصلا. يصح أن يسمى مصدرا. وهذا بالنسبة إلى الفقيه. لأنه منه يأخذ الحكم، ويبنيه عليه. فهو أصل من هذه الناحية. ومصدر لأنه منه أخذ. وأما بالنسبة للأصولي فهو دليل بالنسبة إليه. لأنه يرشده إلى الحكم وحيث اعتبرنا العرف من الأصول فإنه يبقى مع ذلك أصلا ظنيا لا يرقى بطبيعة الحال إلى قوة النص القطعي من كتاب وسنة صحيحة بل أقل منهما رتبة بهذا الاعتبار.

هذا هو الإطار العام للعرف في الشريعة الإسلامية. وهذه منزلته بين الأدلة. ونرى أن في هذه الأصول بمجموعها من المرونة والسعة ما يجعل من الفقه الإسلامي فقها عالميا متطورا يسير مع واقع الحياة ويلائم كل المدنيات الصحيحة. والتطورات الطارئة فقها ينبض بالحياة دائما مهما تقدم به الزمان. يعيش الناس في ظله آمنين سالمين. وهو الكفيل باستيعاب القضايا والأحوال المستجدة والمشاكل الواقعة أو المتوقعة..

المبحث الرابع : علاقة العرف بالقرائن

القرائن. جمع قرينة. ويعني بها الفقهاء كل أمارة ظاهرة تقارن سيئا خفيا فتدل عليه. مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة.

29) الأصول العامة للفقه المقاري ص : 423.

30) مقاصد الشريعة الإسلامية ص : 61.

وهي تتفاوت في القوة والضعف مع مدلولاتها تفاوتا كبيرا، إذ تصل من القوة إلى درجة الدلالة القطعية، وقد تضعف حتى تنزل دلالتها إلى مجرد الاحتمال...

وقد عقد ابن فرحون في «التبصرة» بابا في القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات، واستدل على اعتبارها من الكتاب والسنة وعمل السلف (31).

فدليل اعتبارها من القرآن قوله تعالى : «تعرفهم بسيماهم» (32) دلت الآية على أن السيمة المراد بها حالة تظهر على الشخص بحيث إذا رأينا ميتا في دار الإسلام وعليه زنار وهو غير مختون لا يدفن في مقابر المسلمين، وكذلك قوله تعالى في قصة يوسف عليه السلام : **«وجاؤوا على قميصه بدم كذب»** (33).

روى ابن الفرس (34) أن اخوة يوسف لما أتوا بقميص يوسف إلى أبيهم يعقوب تأمله فلم ير فيه خرقا ولا أثر ناب، فاستدل بذلك على كذبهم (35).

قال القرطبي : «قال علماؤنا لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة صدقهم، قرن الله تعالى بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التمزيق، إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص، وأجمعوا على أن يعقوب استدل على كذبهم بصحة

---

31) التبصرة : 2 / 111.

32) البقرة : 272.

33) يوسف : 18.

34) ابو محمد عبد المنعم بن محمد بن عبد الرحيم المعروف بابن الفرس فقيه مفسر محدث توفي سنة 599 هـ.

35) التبصرة : 2 / 111.

القميص، فاستدل الفقهاء بهذه الآية في إعمال الأمارات في مسائل كثيرة من الفقه (36).

وقوله تعالى : **«وشهد شاهد من أهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين»** (37).

قال ابن الفرس : هذه الآية يحتج بها من العلماء من يرى الحكم بالأمارات والعلامات فيما لا تحضره البينات (38).

هذا من القرآن. أما من السنة النبوية، فما روى أنه صلى الله عليه وسلم حكم اللوث في القسامة، وجوز للمدعين أن يحلفوا خمسين يمينا ويستحقوا دم القتيل في حديث حويصة ومحيصة، واللوث دليل القتل. ومنها ما ورد في الحديث الصحيح في قضية الأسرى من قريضة لما حكم فيهم بعد أن تقتل المقاتلة وتسبى الذرية فكان بعضهم يدعي عدم البلوغ، فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزرهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره، وهذا من الحكم بالأمارات (39).

ومنها أنه صلى الله عليه وسلم، أمر الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها، وجعل وصفه لعفاصها ووكائها قائما مقام البينة. وكذلك حكمه صلى الله عليه وسلم بالقافة، وجعلها دليلا على ثبوت النسب، وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات.

---

36) الجامع لأحكام القرآن : 9 / 149.
37) يوسف : 26.
38) التبصرة : 2 / 111.
39) نفس المصدر.

ومنها أنه صلى الله عليه وسلم، أمر الزبير بعقوبة الذي اتهمه بإخفاء كنز ابن أبي الحقيق، فلما ادعى أن النفقة والحروب أذهبته، قال صلى الله عليه وسلم : «لعهد قريب، والمال أكثر» (40).

أما من فعل السلف : فقد حكم عمر بن الخطاب (ض) والصحابة معه برجم المرأة إذا ظهر بها حمل ولا زوج لها، وبذلك قال مالك وأحمد اعتمادا على القرينة الظاهرة (41).

وقد حكم الصحابة (عمر وعثمان وابن مسعود) بوجوب الحد على من وجد فيه رائحة الخمر أو قاءها، اعتمادا على القرينة الظاهرة (42).

والقرائن تنقسم إلى قسمين : قرينة عقلية، وقرينة عرفية.

أ ـ فالقرينة العقلية : هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة، يستنتجها العقل دائما، كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة.

ب ـ والعرفية : هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف وعادة تتبعها دلالتها وجودا وعدما، وتتبدل بتبدلها، كشراء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى، فإنها قرينة عرفية على قصد الأضحية، وكشراء الصائغ حليا، فإنه قرينة على أنه اشتراه للتجارة، ولولا عادة التضحية عند الأول والتجارة بالمصوغات عند الثاني، لما كان ذلك قرينة (43).

وتنقسم باعتبار آخر إلى قسمين :

1 ـ قرائن شرعية أو قانونية : وهي التي يعتمدها الشارع أساسا في إيجاب بعض الأحكام.

---

40) التبصرة : 2 / 13.
41) نفس المصدر : 2 / 14.
42) نفس المصدر.
43) انظر المدخل الفقهي العام : 2 / 919.

2 ـ قرائن قضائية : وهي التي يتخذها القاضي دليلا في تمحيص الوقائع وإثباتها، ويعود إليه تقدير دلالتها.

فالقرائن الشرعية أو القانونية هي في الأغلب من نوع القرائن العقلية لأن الشارع يبني عليها حكما ثابتا. فيجب أن يقام على نسبة ثابتة بين الدلالة ومدلولها كما في حكم التقادم وطلاق الفرار..

أما القرائن القضائية، فقد تكون عقلية أو عرفية، لأن القضاء يستأنس بجميع الأدلة ولو وقتية (44).

والفقه الإسلامي قد اعتبر القرائن من الأدلة المثبتة التي يعتمد عليها في القضاء.

غير أن الفقهاء اختلفوا. هل القرينة وحدها كافية تشهد لمدعيها وتحط عنه اليمين أو لا بد له من أداء اليمين وهذا بناء على أن العرف هل يقوم مقام شاهد واحد، أو شاهدين.

قال الإمام المازري : «الأظهر في الجواب أن القرينة تقوم مقام الشاهد» (45).

ثم هذه القرائن : اما أن تكون قطعية، وإما أن تكون غير قطعية.

ففي الحالة الأولى تكون كافية بمثابة بينة، فلو رأينا رجلا مذبوحا في منزل والدم يجري وليس في الدار أحد، ورأينا رجلا قد خرج من الدار في حالة متنكرة علمنا أنه هو الذي قتله (46).

وأما الحالة الثانية، فإن الفقهاء يعتمدونها دليلا أوليا يترجح بها قول المدعي مع يمينه، إلى أن يثبت خلافها.

---

44) نفس المصدر : 2 / 923.

45) التبصرة : 2 / 113.

46) التبصرة : 2 / 119.

وقد اتفق الإمام مالك وأبو حنيفة على اعتبار القرائن، وخالف الشافعي في ذلك ظنا منه أن في هذا مخالفة للحديث «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

غير أن صاحب تهذيب الفروق لا يرى مخالفة بين هذا الحديث وبين الحكم بالقرائن، إذ أن «القاعدة أن المدعي هو كل من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف مثلا : المدعي بالدين على خلاف الأصل، لأن الأصل براءة الذمة، والمطلوب المنكر على وفق الأصل، والمدعى رد الوديعة وقد قبضها ببينة هو المدعي لأن قوله على خلاف الظاهر والعرف، بسبب أن الغالب : أن من قبض بينة لا يرد إلا ببينة، والمدعى عدم قبضها لكون قوله على وفق الظاهر، والعرف هو المدعى عليه، وهذه القاعدة تقتضي أن المرأة إذا ادعت «مقنعة» وشبهها كان قولها على وفق الظاهر، وقول الزوج على خلاف الظاهر، فالزوج مدع فعليه البينة، وهي مدعى عليها، فالقول قولها، نقول بموجب الحديث لا أنه حجة علينا (47).

وقد قرر الفقهاء على أساس اعتماد القرائن العرفية حلولا كثيرة في شتى الحوادث فنصوا على أنه إذا اختلف الزوجان في متاع البيت وهما في العصمة أو بعد طلاق أو موت، وكان التداعي بينهما أو موت أحدهما فكان التداعي بين أحد الزجين وبين ورثة الآخر، فإن الحكم في ذلك أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء، وللرجال بما يعرف للرجال وما يصلح لهما قضي به للرجل لأنه صاحب البيت في جاري العادة فهو

47) تهذيب الفروق : 3 / 185 على هامش الفروق.

تحت يده فيقدم لأجل اليد. فما يستعمله الرجال عادة كالسيف والعمامة وثياب الرجال عموما يقضى بها له. ويترجح قول المرأة فيما يستعمله النساء كأدوات الزينة والجواهر والحلي، وهذا بقرينة عادة الاستعمال وعرفه. وهذا تابع لعرف المتنازعين. فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمان آخر بأنه للنساء ويشهد في الزمن الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم ومن متاع الرجال بالنسبة إلى قوم آخرين (48).

وحيث قلنا ان ما يعرف للرجال يقضى به لهم. وما يعرف للنساء يقضى به لهن. ما لم يكن أحدهما صانعا أو تاجرا في النوع الصالح للآخر. وإلا فالأمر عندئذ يختلف.

هذا ما يصلح لأحدهما. وأما ما صلح لهما معا كالدار يسكنانها والماشية يتصرفان فيها فيترجح فيه قول الزوج. لأنه صاحب اليد وهي قرينة على اعتبار الملك (49).

قال الإمام مالك : «إذا اختلفا وهما زوجان أو عند الطلاق قضى للمرأة بما هو شأن النساء والرجال بما هو شأن الرجال. وما يصلح لهما قضى به للرجل. لأن البيت بيته في العادة. فهو تحت يده. فيقدم لأجل اليد» (50).

وكذا لو اختلف المتبايعان في قبض السلعة أو الثمن. فالأصل بقاء الثمن بيد المبتاع. وبقاء المبيع بيد البائع، ولا ينتقل ذلك إلا ببينة أو

48) التبصرة : 2 / 58.

49) الفروق : 3 / 148.

50) المرجع : 3 / 149.

عرف كالسلع التي جرت العادة أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يبين بها كاللحم والخضر ونحو ذلك. فيحكم في ذلك بالعرف والعادة. ولو اختلف عطار ودباغ في العطر والجلد. أو اختلف فقيه وحداد في نحو الجبة والكير. كانت لهما عليه يد حكمية. أو تنازع رجل وامرأة رمحا يتجاذبانه. فالقول في هذا كله. قول من شهد له العرف والعادة وقرائن الأحوال. فالجبة للفقيه والكير للحداد. والرمح للرجل. وكل هذا مع اليمين (51).

وقد منع مالك وأصحابه سماع الدعوى التي لاتشبه الصدق عرفا بل العرف يدل على كذبها. كدعوى رجل لدار بيد حائز يتصرف فيها بالهدم والعمارة مدة طويلة. والمدعي شاهد ساكت ولا ثمة مانع من خوف أو قرابة ولا صهر. فإن ذلك قرينة دالة على كذب الدعوى. وكذلك لو ادعى رجل على آخر أنه سرق متاعه. والمدعى عليه من لم يتهم. فإن المدعي لا تسمع دعواه لقيام شاهد الحال على كذبه.. إلى غيرها من الأمثلة (52).

وهكذا نرى الفقهاء اعتبروا سائر القرائن العرفية المشابهة من المرجحات الأولية التي يعتمدها القضاء مع اليمين في ترجيح قول أحد المتخاصمين أو بلا يمين على الخلاف المتقدم.

قال الحافظ ابن العربي :«على الناظر أن يلحظ الأمارات والعلامات إذا تعارضت. فما ترجح منها قضى بجانب الترجيح وهو قوة التهمة. ولا خلاف في الحكم بها (53).

---

51) الفروق : 3 / 152 ـ والتبصرة : 2 / 59.
52) التبصرة : 2 / 111.
53) نفس المصدر : 2 / 115.

الباب الثاني

مدى ارتباط الأعراف المغربية
بالأحكام الشرعية

الفصل الأَول

تحكيم العرف عند قبائل المغرب

المبحث الأول :

نشأة الأعراف القبلية بالمغرب وتطورها

تـمـهـيـد :

تنوعت الأعراف في المغرب بتنوع قبائله وأجناسه. فالعرف في «سوس» يختلف عنه في جبال الأطلس الكبير، وهو في جبال الأطلس الوسيط يختلف عنه في سهول «زمور» والغرب والجبال. وهذه الأعراف تختلف قوة وضعفا حسب البيئات وظروف الحياة..

والظاهرة البارزة في هذا، هو أن الأعراف تجد لها مكانا خصبا حيث تبتعد عن مناطق الحواضر العلمية. مما يجعلنا نوقن بأن البعد عن المراكز العلمية، هو العامل الأساسي في احتفاظ العرف بمكانته، حيث يظل بعيدا عن منافسة التشريع له.

ففي شمال المغرب - مثلا - لا نجد أثرا قويا للأعراف بين سكانه كما هو الشأن بالنسبة للجنوب..

ولعل السبب في ذلك، راجع إلى نزول العديد من الأسر العربية المثقفة به، وموقعه الجغرافي القريب من الحواضر العلمية، والمراكز الثقافية التي احتضنتها، الشيء الذي عمل على اندراس العادات البربرية القديمة، واستبدالها بعادات عربية طبعها الإسلام بطابعه الخاص.

إذ لم يعد هناك أثر لعوائد خطيرة تتنافى مع مبادئ الدين الإسلامي الحنيف، وأصبح أهله متمسكين - لأقصى حد - بأحكام الفقه

الإسلامي في معاملاتهم وتصرفاتهم، ويظهر ذلك في محافظتهم على أن تكون أنكحتهم وبيوعاتهم وميراثهم متمشية على النهج الشرعي، كما تتجلى في الروجان العظيم للنوازل الفقهية بين فقائهم، فتكون لديهم ميل غريزي لتقبل شعائر الدين الإسلامي الصحيح، ونبذ الخرافات والأوهام.

ففي أيام الفتن. وضعف السلطة المركزية، كانوا ينصبون فقهاء من قبائلهم، تستشيرهم الجماعات في النوازل المهمة الطارئة ويستندون في أعمالهم على فتاويهم، على خلاف ما كان عليه الأمر في بعض مناطق الجنوب، حيث بقيت القبائل سائرة وراء أعرافها.

وهكذا انقسم سكان المغرب إزاء الحكم إلى قسمين :

فالشريعة الإسلامية بكل أحكامها تطبق في حواضر المغرب والقبائل التي يتأتى لها الاتصال بهذه الحواضر (1) بينما تركز العرف الممزوج بالفقه الإسلامي في الصحراء والمرتفعات (الأطلس عموما..) وسهل زمور وفيما تناءى عن الحواضر عموما...

ولأجل هذا سنقصر الحديث على هذه المناطق التي بقيت مسترسلة مع أعرافها..

لقد كان المغاربة قبل الإسلام يقضون في النوازل الجنائية والمدنية والأحوال الشخصية بالأعراف.

وكانت هذه الأعراف تدون في سجلات يتوارثونها عن بعضهم البعض وكان الحاكم يحكم بالقياس في كل نازلة لم تدون في السجل، فإذا لم يجد لها شبها، فعندئذ يجتهد فيها ويدون القضية الجديدة في

---

1) هذا من باب التغليب فقط، وإلا فالأعراف الفاسدة لا تخلو منها جهة من الجهات...

السجل الموروث ولكل فريق من الفرق سجل خاص بأعرافه وتقاليده حسب الزمان والمكان، ويمكن تعديله حسبما يتطلبه العصر باجتهاد كبار القوم العارفين بالأعراف..

ولا تزال بعض هذه السجلات بيد كبار شيوخ القبائل إلى الآن (2) وهذه السجلات تتضمن الأعراف التي سارت عليها قوانين البلاد تشمل الجانب الشخصي والجنائي، وإذا وقعت حادثة لا يعرف لها حكم يجتمع الأعيان و «المزارك» (3) والشيخ في دار القبيلة ويقرأون كتاب الشروط أو السجل، فإن وجدوا حكمها فيه، نفذه الشيخ، وإلا تشاوروا فيما بينهم، ووضعوا للحادثة حكما وأثبتوه في كتاب الشروط..

وبهذه الطريقة فإن كتاب الشروط قد تعددت بنوده وكبر حجمه بتعدد الحوادث على مر الأزمان (4).

وبعد الفتح الإسلامي وتأثر المغاربة بتعاليم الإسلام، صارت هذه الأعراف تتأثر هي أيضا بتعاليمه، فكان شيخ القبيلة إذا حلت به النازلة يستشير من يأنس فيه القدرة على فهم الشريعة الإسلامية، ليعرف وجه الحكم فيما يخالفها من الأعراف، فيعدل منها ما خالف، ويبقى ما وافق على ما كان عليه.

---

2) من هذه السجلات : تلك المدونة المكتوبة بالعربية التي اكتشفت سنة 1915 فقد جاء فيها : «لقد نص الأقدمون على أن هذه المقتضيات هي بمثابة قانون، ولا يمكن لأي كان تبديلها، وقد تعهدوا بعدم تغييرها مستقبلا، وكل من حاول تغييرها قبل وفاته سيخرق عادات أجداده» انظر : محاكم الجماعات والمقاطعات ص : 43.

3) المزارك : جمع مزراك يعنون به العضو.

4) انظر مجلة الفتح عدد : 302 كان يصدرها محب الدين الخطيب.

ومن اشتهر من فقهاء المغرب بإدخال التعديلات على قوانينهم في العصور المتأخرة : أبو سالم العياشي (5) فقد كان الشيوخ يقصدونه في النوازل بقصد الاستشارة في مقره بزاوية «سيدي حمزة» بالأطلس الكبير.

ومنهم أيضا أبو علي الحسن اليوسي (6) بقرب « تجام » من قبيلة «أيت يوسي» وغيرهما. الأمر الذي كان من شأنه أن دونت بعض القبائل المغربية «مختصر» الشيخ خليل (7) وغيره من كتب الفقه بلغتهم الأمازيغية (8).

وهكذا كانت للمغاربة أحكام عديدة تسير وفق أعرافهم وعاداتهم، وعلى الرغم من أن هذه العوائد تلتقي في كثير من المسائل مع قوانين الشريعة الإسلامية، إلا أنها تختلف معها في كثير منها..

---

5) أبو سالم هذا هو صاحب فكرة توحيد القوانين وإصلاحها، فقد اقترح أن تجتمع لجنة من المذاهب الأربعة وتحرر كتابا لكل مذهب ببيان المشهور من أقواله تقليلا للخلاف «بقصد تأليف ديوان في فروع الفقه بعد أن يتتبعوا فروع الجزئيات ويذكر كل واحد مشهور مذهبه في كل نازلة من غير تتبع الخلاف الواقع فيها وفي رأيه أن هذه الطريقة هي أقرب إلى ضبط الانتشار وكثرة الخلاف الواقع بين المذاهب انظر «الفكر السامي» 4 / 263 وانظر التعريف بأبي سالم هذا في طبقات المالكية لمخلوف ص : 314.

6) أبو علي الحسن بن مسعود اليوسي فقيه أديب مؤلف مكثر توفي سنة 1111 هـ انظر طبقات المالكية لمخلوف ص : 328.

7) أبو المودة خليل بن إسحاق الجندي المتوفى على الراجح سنة 776 هـ انظر شجرة النور ص : 223.

8) نشر أحد هذه المؤلفات بالأمازيغية أخيرا وهو كتاب «الحوض» في الفقه المالكي للشيخ أوزال، بتحقيق الزميل عبد الله الرحماني.

وقد اطلقوا على هذه الأعراف المحلية «أزرف» (9) أو «أبريد» ومعناه بلغتهم الطريق، (بالنسبة لسكان الأطلس) وفي بلاد سوس يطلقون عليها «قانون الألواح»، وأصحابها يسمون «انفلاس» (10).

واشتهروا منذ القديم بأشياء تأثروا بها واعتادوها حتى صارت لهم عرفا صعب عليهم التخلص منه.

وأهم العادات التي يتبعها غالبية هذه المناطق هي : النظام القبلي والقضاء التحكيمي، والأحكام الخاصة بالعقوبات الزجرية، والقتل والزنا، والسرقة، وأحكام الزواج، وأحكام الإرث، والأراضي والعقود والمداينات..

ويؤثر عنهم أنهم يأنفون من الخضوع للحكم المنظم، إذ لم يكونوا يمتثلون لأوامر القواد أو القضاة (11).

وظلوا هكذا متمسكين بأعرافهم وإن خالفت الشرع في بعض القضايا كحرمانهم المرأة من الإرث (12) وعدم مطالبتها بالطلاق بأي وجه كان (13) وعدم ترشيدها مدى الحياة، وعدم دفع الصداق لها، بل يعطى عن الزوجة مال لأبيها يسترده الزوج متى طلقها..

---

9) يزعم الباحثون الفرنسيون أن أزرف شريعة بربرية موروثة من قبل دخول الإسلام إلى إفريقيا لم يزل البرابرة يتحاكمون إليها حتى يومنا هذا ولم يدعنوا قط للشرع الإسلامي ولا رضوا به وان ألزمهم بعض سلاطين دولة المغرب.. انظر مجلة الفتح عدد : 302.

10) انفلاس : مفرده انفلوس يعربه فقهاء سوس في كتبهم بالأعيان والضمان والشيوخ والعرفاء، ويذكرونه أحيانا بلفظه البربري على صيغة جمع التكسير العربي فيقولون النفالس.
انظر «المعسول» للمختار السوسي : 8 / 152.

11) قيل لأنهم كانوا يكرهونهم على أداء الزكاة والعشر والهدايا والأموال الطائلة في كل حين ويأنفون من المحاكم الشرعية فرارا من أداء النقود التي طالما أرهقهم بها القضاة والعدول.. انظر «البيان المطرب لنظام حكومة المغرب» لعبد الحميد بنشنهو ص : 136.

12) انظر مجلة الفتح عدد : 302.

13) انظر تاريخ الجزائر لتوفيق المدني ص : 345.

ويثبت المرحوم «علال الفاسي» أن من أسوأ الأعراف عندهم ما كان يتصل بالمرأة، فقد كانت في المناطق العرفية بلا حرمة ولا كرامة، ولم يكونوا يعتدون برأيها، فتعضل، ويضيق عليها، وتفرض عليها الأعمال الشاقة التي لا يقوم بها حتى الرجال، وترغم على كثير من العادات ولو أبت، وتحرم من الحقوق وغيرها من الأعراف الجائرة التي تباين الإسلام (14).

ومما يبين فظاعة هذه المعاملة، أن الرجل كان لا يعطي ابنته مهرها إلا بعد أن يأخذ لنفسه مقدارا من المال، يأخذه الولي مقابل الإذن بتزويج ابنته ممن يخطبها وتلك عادة جاهلية كانت متبعة عند العرب قبل الإسلام (15) وفي بعض المناطق المغربية (ناحية أزرو) كانت المرأة تباع كما يباع المتاع، ويتم ذلك في سوق عمومي يقصده الرجال والنساء وإذا هربت المرأة إلى أهلها فرارا من زوجها كلفوا بإرجاعها، وإلا طولبوا برد الصداق (16).

كما أن من عاداتهم المستهجنة : أن المتهم بجريمة ما، يرغم على أداء اليمين مع فئة من أقاربه، ولو لم يكن عندهم علم بجريمته.. إلى غيرها من العادات التي خالفوا فيها الشريعة الإسلامية مخالفة صريحة، ويبدو أن هذه الأنظمة لم تكن معممة في جميع القبائل، أو أنهم لم يكونوا يجرون عليها دائما، فابن الوزان يتحدث عن بعض القبائل البربرية التي زارها في القرن العاشر لمس فيها رغبة الناس في طبع مظاهر حياتهم بالطابع الإسلامي، واستعداد البرابرة لإيواء حملة الشريعة

(14) انظر النقد الذاتي ص : 210 ط : تطوان.
(15) انظر النقد الذاتي ص : 210 ط : تطوان.
(16) انظر مجلة الفتح عدد : 302.

الإسلامية، الذين تنقلهم الصدف إلى قراهم، ويمنونهم بالمال، وقد حكموه هو نفسه في نزاعاتهم، وحكى أن القبائل في الأطلس الكبير كانت تصرف أموالا طائلة على قضاة دائمين (17) ولكن كثيرا من القبائل اضطرت في مختلف مراحل التاريخ إزاء انعدام القضاة الأكفاء إلى تحكيم جماعة الأعيان الذين - نظرا لجهلهم بالشريعة - يصدرون أحكامهم حسب رأيهم (18).

وقد سارت دائرة المعارف الإسلامية على رأي ابن الوزان إذ ورد فيها أن أوضح حالة من حالات التمسك بالقانون العرفي هي : حالة انعدام وجود المحاكم الشرعية أصلا، واقتصار الأمر على المحاكم العرفية (19).

ولا يبدو هذا الرأي سليما، لأننا لاحظنا كثيرا من فقهاء المغرب كانوا يتعصبون لهذه الأعراف ويدعون إلى احترامها وتطبيقها، بل هم الذين كانوا يدونونها ويشرفون على تطبيقها، كما هو الشأن بالنسبة لمناطق سوس - كما سيرد - فكيف يقال إن الحاجة هي التي اضطرتهم إلى التمسك بالأعراف، لانعدام القضاة الشرعيين أو انعدام المحاكم الشرعية ؟

على أن دائرة المعارف نفسها، صرحت في مكان آخر بأن ثمة محاكم شرعية تقوم بتطبيق الشريعة، ولكن الأهالي يتجاهلونها ويلجأون إلى العرف (20).

---

17) انظر معطيات الحضارة المغربية : 2 / 47.
18) نفس المصدر.
19) انظر دائرة المعارف الإسلامية : 15 / 456.
20) نفس المصدر.

وهكذا تكونت خلال الأجيال أعراف حادت - في الكثير منها - عن الإسلام، خلافا لما ذهب إليه «سوردون» (   ) من أنه لا يوجد تعارض بين الشريعة والعرف، ويقصد عرف البربر (21).

المبحث الثاني :

نظام القبائل في التحكيم

يختلف القضاء في كثير من المناطق العرفية باختلاف القبائل وأنواع القضايا.. وأحوال المحاكمة فطرية عندهم، تمتاز بالسرعة والبساطة فالمحكمون يسمعون الخصمين - غالبا - ويدققون في جميع أنواع الأدلة من شهود، وقرائن، وفراسة، وأيمان.

والظاهرة الغالبة عليهم : أنهم يلجأون أولا إلى الصلح، فيحاولون استرضاء المعتدى عليه، أو أقاربه، فإن توفقوا، وإلا فرضوا الدية اللازمة أو أصدروا الحكم الذي يوافق تقاليدهم وما يرونه في كل قضية، وإذا لم ينفذ المحكوم عليه هذا الحكم، أمره زعيم القبيلة بذلك.. واعتادوا إرسال الوفود بطلب تخفيف الدية، وأن يقبل أصحابها بذلك، وشيخ القبيلة هو الذي ينصب القضاة بطريق الانتخاب، ويظل في منصبه سنة كاملة، ويشترط فيه أن يكون مسنا ذكيا، ذا مكانة اجتماعية، وسيرة حسنة ملما بأعراف قبيلته وغيرها، شديد التمسك بتقاليد قريته، وللمحكوم عليه الحق في استيناف حكم شيخ القبيلة إذا لم يرقه لدى أشهر العارفين بالأعراف، لكن بعد تراضي الخصوم عليه.

---

21) المؤسسات البربرية ص : 213 بواسطة معطيات الحضارة المغربية للأستاذ عبد العزيز بنعبد الله : 2 / 41.

كما أن الأحكام تصدر علنا وبمحضر أعيان القبيلة واجتماعهم، أما التنفيذ، فكانت القبيلة كلها تضمن نفاذ الحكم متى أصدره القاضي وكانت كل قبيلة بمثابة جمهورية يمثلها أعضاء يختلف عددهم وفي الغالب يكونون أربعين (22) ومن ثم يطلقون عليهم (أيت الأربعين) وهم بدورهم ينتخبون رئيسهم ويطلقون عليه (أمغار) ومعناه شيخ القبيلة.

وتتولى هذه الجماعة الفصل في النزاعات والقضايا بين الناس، فإما أن يرضوا بحكمهم، وإما أن يرفضوا ويطالبوا بتحكيم رجل معروف برجاحة عقله وحسن تدبيره للأمور.

ويطلقون على من يحكمونه بينهم «الحكام» (بصيغة المبالغة) حتى إذا شب نزاع بين حيين أو قبيلتين، عين كل حي أو كل قبيلة محكما عنها وهو (أمغار).

انتخاب شيوخ القبائل :

كانت لهم نظم خاصة يسيرون عليها في انتخاب شيخ القبيلة، وقد أورد الدكتور تقي الدين الهلالي نموذجا خاصا من هذه القوانين اشتمل على إحدى عشرة نقطة.

1 - مدة تولي الشيخ مشيخة القبيلة سنة واحدة فقط (23).

2 - في كل سنة تكون المشيخة في قبيلة من قبائل البلد وعدتها كذا وأسماؤها كذا..

22) القيادة الجماعية كانت السمة الغالبة على البربر، ولعلهم كانوا متأثرين في ذلك بالرومان وإن كان عدد الأعضاء يختلف «انظر المدينة العتيقة» ص : 443 لفوستيل دي كولانج. ترجمة : عباس بيومي بك. ط : مكتبة النهضة المصرية.

23) ربما كانوا متأثرين في هذه النقطة بالقانون الروماني، إذ هؤلاء كانوا ينتخبون شيخ المجلس لمدة سنة أيضا.
انظر : المدينة العتيقة ص : 444.

3 ـ يجتمع الأعيان في دار القبيلة عند انتهاء كل سنة، وينتخبون الشيخ الجديد.

4 ـ الشيخ ينتخب «المزارك» (أي الأعضاء).

5 ـ من كل قبيلة «مزراك».

6 ـ كل «مزراك» خاص بقبيلته، ينفذ أحكام الشروط، وما يحكم به الشيخ على أي واحد منها.

7 ـ كل من انتخبه الأعيان وجب عليه قبول المشيخة

8 ـ يجب على الشيخ المحافظة على مال القبيلة، وعند انتهاء السنة يبرز الحساب فيما أخذه وما أنفقه خلال السنة، أمام مجلس الأعيان.

9 ـ بعد انتخاب الشيخ الجديد يسلم له الشيخ السابق مفاتيح الخزائن ودفاتر الحساب.

10 ـ إذا خان الشيخ مال القبيلة يؤدي ما ضيعه من ماله، فإن لم يكن فمن مال قبيلته.

11 ـ الشيخ الخائن يدفع غرامة مضاعفة، ولا يكون بعد ذلك شيخا أبدا ويعلق الدكتور الهلالي على هذا قائلا : «هذا نموذج من كتاب الشروط ولا يدرى متى بدئ في تدوين هذه القوانين» (24).

أعيان الجماعة :

من الجدير بالذكر أن القوم في أعرافهم كانوا يفرقون بين الأحكام بعد مجيء الإسلام.

أ) الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية والمشاكل العقارية

كانت الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية والمشاكل العقارية

---

24) انظر مجلة الفتح عدد : 302.

تسند إلى العلماء، لكي يتولوا الفصل فيها بين الخصمين بطريق التحكيم والتراضي... وصورة التحكيم هذه : أن يتفق المتداعيان على رفع دعواهما تحكيما إلى بعض الفقهاء، فيكتب التراضي بحضور الأعيان، ويشهد الضمان فيه بذلك عليهما ويسلم للمحكم، أو يختار كل منهما محكما مستقلا، وللمحكوم عليه بعد صدور الحكم الابتدائي إذا لم يرقه الأمر ويرضه، الحق في الاستيناف إلى فقيه آخر في ظرف سنة أو شهر، أو ستة أشهر (الأمر هنا يختلف من قبيلة لأخرى ومن عرف إلى عرف) (25) من تاريخ صدور الحكم عليه، وبمجرد انتهاء هذا الأجل، لا يحق للمستأنف أن يرفع دعواه من جديد وإن طعن أحد الخصمين في الحكم الصادر عليه من المستأنف إليه، فإن له الحق أن يطالب محكما ثالثا، ويسمى المحكم الثالث مفتيا (أشبه بالنقض والإبرام) ويختار له الأعيان (رؤساء القبيلة) بطريق الوجوب مفتيا ثالثا، ويشترط فيه أن يكون ملما بمسائل الأحكام مبرزا فيها.

وفي هذا يقول المرحوم المختار السوسي : «وسبب ذلك أن العادة إذ ذاك في التحاكم : أن كلا من الخصمين تختار له القبيلة فقيها ترضاه، ثم إذا لم يتفق الفقيهان، تعين لهما أيضا ثالثا يستأنفون عنده ما حكم به كلا الفريقين، ويسمى هذا الثالث عندهم المفتى» (26) وإلى قول المفتى هذا ينتهي الجميع، وهؤلاء المحكمون يحق لهم أن يأخذوا من المتداعين أجرة عملهم، ما داموا لا يتقاضون من غيرهم أجرا جزاء ما يقدمونه للمجتمع.

---

25) انظر «سوس العالمة» ص : 26 و«نوازل المسائل ومعضلات المشاكل» للرجراجي (مخطوط خاص).

26) «المسعول» : 9 / 252.

ويلاحظ هنا أن دور العلماء غير مستقل، فهم حتى في هذه الحالة يكونون محاطين بأعيان القبيلة، فكأنهم هم المسؤولون عن تطبيق الأحكام ودور العلماء هنا لا يعدو كونه دورا استشاريا.

ب ـ الأحكام المتعلقة بالجنايات والأسواق

أما الأحكام المتعلقة بالجنايات وشؤون الأسواق (نظام الحسبة) والمسائل المدنية فيتولى الفصل فيها أعيان الجماعة.

وهؤلاء الأعيان المختارون، يفصلون بواسطة قانون أعدته الجماعة وصادقت عليه بالإجماع سموه «لوحا» (27).

واللوح فيه كل ما يتعلق بالمخالفات والعقوبات، ودور الأعيان هو تطبيق ما ورد في الألواح.

ومما يجدر ذكره أن أحكام العلماء إن كانت تعقب ويجري عليها الاستيناف مرة أو مرتين، فإن أحكام الأعيان على النقيض من ذلك، لا تتعقب، بحكم أن لهم صلاحية السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية فيما يفصلون فيه.

نماذج من الغرامات التي كانوا يفرضونها على الجناة :

ـ النموذج الأول :

نورد فيما يلي نموذجا من الديات والغرامات المفروضة على الجناة والمارقين من أهل القبيلة.

---

27) الألواح : عبارة عن قوانين وقواعد تشتمل على اجراءات تتعلق بعقوبات يعاقب بها كل من صدرت منه مخالفة.
انظر : «ألواح جزولة» ص : 7 لمحمد العثماني.

«دية من سرق عشرة أواق أو مائة دينار تقطع يده، دية من جرح أخاه المسلم أوقيتين (كذا) أو عشرون دينارا، والكبش يعطيه للمجروح دية من ضرب بعصا أو حجر أوقية واحدة، أو عشرة دنانير، ومن ذكر ما سلف من العار بين الناس فعليه أوقيتين (كذا) أو عشرون دينارا أو ثورا، وإن شتمت المرأة رجلا ظالمة له، فعليها نصف أوقية، أو خمسة دنانير أو كبش، ومن وجد في بيت غير بيته على وجه العيب والخيانة فعليه عشرة أواق أو مائة دنانير، ومن طلب عند (كذا) رجل ماله أو دينه يرفع أمره إلى المقدم يحكم فيهم بحكمه، يؤجل له أجلا فإذا لم يعطه الأجل يحكم فيه بما شاء ومن (غوتت) عليه امرأة كلف عليه الشهود، وإلا عليه اليمين وإن تبين فعليه خمسون دينارا أو خمسة أواق، ومن ظهرت عليه نعرة فعليه عشرون دينارا أو أوقيتين أو الدية، ومن قدر الله عليه بهتك حرمة أخيه، فعليه مائة دينار للمخزن، ويأخذ صاحب الحرم حرمته، ومن حكم عليه الشرع بالحكم ثم رجع للخصام بعد الحكم، فعليه عشرون دينارا أو ثورا، ومن هرب بالمحصنة يؤكل ماله !! ويحرق بيته (28)، وينفى من بلده، ومن حكم السلطان، وتؤخذ دية المرأة من ماله، وإن وجد قتل وليس على من قتله دية، أو يحبس إلى أيدي السلطان، ومن حصل يده في مال رجل بالغصب فعليه خمسون دينارا لسبب تعديه في مال المسلمين، هذا إذا كان له عليه دين، وأما إن كان سارقا فعليه مائة دينار.. ومن طلب عند رجل ماله أو دينه يرفع أمره إلى الحاكم» (29).

---

28) هذا من باب العقوبة في المال، وهي جائزة في المذهب المالكي على قول شاذ. انظر فيها نوازل العلمي : 2 / 266.

29) هذه الوثيقة كتبت في القرن العاشر الهجري (918 هـ) وقد أوردتها مجلة «هسبرس» في عددها = 18 ص : 68.

النموذج الثاني :

وهو يتعلق بالإنصاف وقد ورد فيه ما يلي : «إن من كسر العافية» يعطى مائتي مثقال وتخرب داره، ومن اتهم بذلك فخمسون يمينا، ومن قتل فأربعون مثقالا في الدية، ومائة مثقال في الإنصاف وفيها الذبيحة والدار، ومن اتهم بالقتل فخمسون يمينا، ومن سرق في الدار فعشرة مثاقيل ويغرم متاع الناس، ومن اتهم بها في الدار فأربعة وعشرون يمينا. وفي الغابة سبعة مثاقيل، والمتهم بها فيها إثنا عشر يمينا ومن سرق في السوق، أو حارب في طرقه، أو سرق في الموسم أو حارب في طرقه يغرم متاع الناس ومائة مثقال في الانصاف، ومن قطع في الطريق من غير السوق من غير قتل ولا جرح أربعون مثقالا، ومن ضرب بالمكحلة أو السكين وجرح، فسبعة مثاقيل مع الإحسان للمجروح ومن طلع الزناد وسل المدية من غير ضرب فمثقال، ومن بينت عليه الفاحشة فسبعة مثاقيل، ومن اتهم فخمسة من إخوانه، ومن حمى ونصر في بعض ما ذكر فخمسة مثاقيل، ومن كسر دعوة النفالس فمثقال ومن مات في (النقاب) سارقا فلا دية ولا إنصاف عليه، ومن جرح بالحجر فمثقالين، ومن تضارب بالدبز والنعال والأسواط حتى أثر ذلك فعشرة أوجه، وفيما بين النساء ربعية السمن بحيهم ومن أحرق الشعير يغرم متاع الناس ويعطى عشرة مثاقيل ومن اتهم بالسرقة في الحرمات فخمسين يمينا، وغير ذلك باجتهاد الأعيان (30).

---

30) انظر هذه الوثيقة في «ألواح جزولة» ص : 95.

ـ النموذج الثالث :

يذكر الدكتور محمد تقي الدين الهلالي أنه رأى كتابا يسمى كتاب القوانين العرفية كتبت فيه الأحكام على هذا النمط :

1 ـ حكم السارق في داخل البلد من سرق سرقة قلت أو كثرت في داخل البلد، يدفع غرامة قدرها خمسون ريالا، فإن عاد دفع مثلها، فإن عاد الثالثة دفع مثلها، وأخرج من البلد، ومن تشفع له يخرج معه أيضا.

2 ـ حكم الزاني أن يدفع غرامة قدرها مائة ريال ويخرج من البلد.

3 ـ حكم القاتل النفي من البلد أبدا، إلا إذا رضي أولياء القتيل بأخذ الدية فحينئذ يمكنه الرجوع.

4 ـ الجروح : من وضع يده على قبض سيف أو خنجر يدفع خمسة أريلة، فإن سل ولم يضرب يدفع عشرين ريالا، فإن ضرب ولم يؤثر يدفع كذا وكذا.. فإن جرح جرحا غير بليغ يدفع كذا..(31).

فهذه اللوائح ـ كما نرى ـ كل ما ورد فيها ـ أو غالبه ـ من تقديرات مخالف للشرع ومصادم له، فأين هذا مما ذهب إليه (سوردون) ومن تبعه من بعض الكتاب المغاربة من أن هذه الأعراف تتفق والشريعة الإسلامية ؟!

المبحث الثالث :

وسائل الإثبات لديهم

لاحظ حكام القبائل أن المتداعين يلجأون إلى الكذب في كثير من القضايا لذلك فقد اعتمدوا في بناء أحكامهم على حجج مختلفة وهي على نوعين :

---

31) انظر مجلة الفتح عدد 302.

1 ـ حجج إشهادية : وهي قاطعة، لأنها صادرة عن شهادات اختيارية أتى بها رجال بالغون عقلاء عارفون، ولا تقبل شهادة العاجز فيها.

2 ـ حجج إشعارية : وهي أقل قيمة من سابقتها، ومعناها : أن المتهم إذا حنث وشعر بنفسه أنه معرض لسخط الله، وأن أقاربه يشاركونه في ذلك، لجأ إلى الاعتراف، وذهب إلى الحكام يشعرهم بذلك، والحجج الإشهادية تختلف باختلاف القضايا..

ففي بعض العقود يجب الإكثار من عدد الشهود، وفي بعضها الآخر يكتفى بعدد قليل، إلا أنه في الغالب، يكون التعاقد بحضور اثني عشر شاهدا، ويستحب أن يكون فيهم بعض (أمقران) وهم أعيان القبيلة، أغنياء كانوا أم فقراء، ولكنهم مشهورون بعقلهم وصدقهم وسلامة نظرهم في الأمور ولا تصح الشهادة إلا بمشاهدة الشاهد العقد أو الفعل الذي شهد عليه. وكانوا لا يلتفتون إلى كلام أي فرد ممن يأتي لدى الجماعة العرفية، ويذكر أنه بلغه خبر بفعل أو عقد ويسمون ذلك شهادة السماع ولا يقبلها العرف (32).

ولا تصح شهادة المحجور لوصيه، ولا تقبل شهادة صادرة عن غير المسلم إذ لا تسمع الجماعة كلام النصراني أو اليهودي أو الوثني إلا على وجه الاستشارة ولا تشهد المرأة ولا الولد دون البلوغ (33) لكن إن حضر

---

32) مع أنها مقبولة فقها في كثير من الصور، بل أن المذهب المالكي توسع في شهادة السماع كثيرا.. انظر «وشي المعاصم» ورقة 15 مخطوط السيد محمد حنانا، وانظر الشروط المشترطة فيها في المصدر نفسه ورقة : 29.

33) شهادة الصبيان بعضهم على بعض تجوز فقها بشروط.. انظرها في «شرح ميارة للتحفة» : 1 / 72.

ولد دون بلوغ أمرا يجوز أن تطلب منه شهادته بعد بلوغه إن تذكر الأمر مفصلا فتقبل منه.

ودليل البلوغ عندهم : أن يكون الولد قادرا على الزواج وعلى القتال أو التمرن على ألعاب القبيلة. فيعتبرون كمال عقله ولا يشترطون فيه حسن سيرته.

وللجماعة القدرة على رفض شهادة صادرة عن لفيف إن كانوا كلهم مرتابي السيرة. إلا إذا انضم إليهم واحد من الأعيان (أمقران) - (بمثابة العدل المزكى) أو أكثر وتقبل شهادة رجل ذي عاهة في جسمه إن كان قادرا على أداء العبارة كلاما أو صوتا أو إيماء أو إشارة. فيقدر أعمى مثلا على شهادة في شروط سمعها. ويقدر الأبكم على شهادة أمر شاهده. ولا يصح تعاقد إلا بتصريح اثني عشر شاهدا. ولكن إن كان فيهم بعض (أمقران) تصح بأقل من ذلك.

وإن شهد رجلان مشهوران بعقلهما وصدقهما بين الجميع، فاللجماعة أن تكتفي بشهادتهما (شهادة عدلية) وربما تكتفي بشهادة رجل واحد إن كان موصوفا بتلك الأوصاف (34).

والشهادة عندهم واجبة، ويقرنونها في الوجوب بوجوب دفن الميت، ووجوب ضيافة الضيف، ولذلك لا يجوز للشاهد أن يقبض أجرة أو غرامة لأداء الشهادة. وإن قبل شاهد نقودا ليؤدي شهادته سقطت شهادته من غير أن يعاقب على ذلك لا مدنيا ولا جنائيا. ولكن يستراب فيه. وتعتبر شهادته غير مقبولة.

---

34) تقابلها في الفقه : خبر المخبر يكفي فيه الواحد كالقائف وقد عد ابن عاصم هذا النوع نوعا خامسا داخلا تحت القسم الأول من أقسام الشهادة فقال : وواحد يجزىء في باب الخبر. انظر : شرح ميارة للتحفة : 1 / 72.

وأما من أحجم عن أداء شهادته، فإن هذا الإحجام يعتبر نقصا في مروؤته، ويتعرض للوم والتوبيخ.

وعلى كل حال فلا بد في العرف من بعض الشهود، يضرب أجل للمدعي ليحضر شهوده لدى الجماعة، وإن حصل عذر ضروري زيد في الأجل مرة ثانية أو أكثر، فإن لم يحضر الشهود بعدما زيد في الأجل مرارا ولم يكن له عذر مقبول رفضت دعواه من غير تردد.

وإذا لم توجد وثائق مكتوبة ولا شهود ولا دليل ولا إقرار، قام اليمين مقام ذلك. ويضاعف اليمين تبعا لضخامة الشيء المدعى فيه. وقد لاحظت دائرة المعارف الإسلامية، أن القسم الجماعي كوسيلة للإثبات منتشر انتشارا كبيرا عند البربر (35).

وبصفة عامة فإن وسائل الإثبات عندهم هي :

أ ـ الوثائق المكتوبة.

ب ـ الشهود.

ج ـ الإقرار.

د ـ اليمين.

35) يجزىء في باب الخبر، انظر : شرح ميارة للتحفة : 1 ، 72.

الفصل الثاني

أثر هذه الأَعراف في التنظيم القضائي المغربي الحديث

المبحث الأول : مرحلة ما قبل الإستقـــلال

تبين مما سبق أن العرف البربرى قانون قبلى يختلف بحسب الأقاليم يندرج البعض منه في العادات المحكمة طبقا لقاعدة تحكيم العرف ومبدأ المصالح المرسلة.

ولذلك فقد ارتأت السلطات الحاكمة في البلاد اقرار هذه الأعراف، ومزاولة الحكم بها، كما كان الشأن بالنسبة لبعض ملوك المغرب الذين أقروا هذه الأعراف المحلية لأنها - في نظرهم - تسا ير روح الإسلام.

اقرار ملوك المغرب للأعراف البربريـــة :

وهكذا لوحظ أن كثيرا من الأعراف المحلية صادق عليها الملوك باقتراح الأشراف المحليين وأهل الدين، كالظهير الحسني الصادر في شأن الأعراف الجنائية بزمور الشلح، والظهير الذي أصدره في شأن الأعراف السوسية، والذي يقول فيه : إنه أقر السوسيين على عاداتهم وأعرافهم التي عندهم عليها ظهائر أسلافه، واشترط على العلماء والأعيان والحكام منهم، أن لا يخرجوا على ما تقرر لديهم من الأعراف (1) وفي هذا الصدد يذكر الشيخ محمد المكي الناصرى أن السلطان الحسن الأول أخذ مجموعات أعراف القبائل في سوس وبعد أن وثق من أن تلك المجموعات لا تحتوى على أي شيء يناقض مبادىء القرآن، سمح

1) عبير الآس : 2 / 212.

بتطبيقها رسميا (2) ويستفاد من الظهير الحسني هذا أن هناك من سبقه من الملوك إلى اقرار القبائل على عاداتهم، وفعلا فقد رأينا المنصور السعدى أقر هو بدوره هذه الأعراف وأوصى ولاته باحترامها (3).

فقد نقل المختار السوسي ظهيرا للمنصور السعدى يحث فيه ولاته على المحافظة على ما عهد لدى القبائل من عادات وأعراف، واستمرت جارية عندهم بحيث لا تخرق لهم، ولا تغير حالة من أحوالهم في قليل الأشياء وكثيرها (4).

ويذكر «علال الفاسي» أن : «ملوك المغرب ورؤساءه حملوا الحملات العسكرية على مختلف القبائل لاخضاعها لأداء النائبة، والاستسلام لتنفيذ الأوامر الحكومية، لكنهم لم يهتموا قط بأن يحدثوا ثورة في هذه العادات الجاهلية، واصلاح أحوالها، اللهم إلا في المناطق التي تأثرت - ولو مؤقتا - بالعمل الإيجابي لعبد الله ابن ياسين (5) والمهدى بن تومرت (6).

وعندما وقع المغرب تحت الاحتلال الأجنبي، عمدت القوات الأجنبية إلى إعطاء العرف البربرى صفة شرعية، مخرجة بذلك حوالي نصف سكان المغرب عن دائرة القضاء الشرعي، مطبقة عليهم أعرافا بائدة ومخجلة. ينافي الكثير منها مبادىء الشرع الإسلامي، وهي بمحاولاتها الإبقاء على هذه الأعراف في بلاد المغرب وتفضيلها على الشرع

---

2) انظر مجلة الفتح عدد : 302.

3) خلال جزولة : 2 / 138.

3) نفس المصدر.

5) أبو محمد عبد الله بن ياسين الجزولي الفقيه المصلح الداعية مؤسس دولة المرابطين المتوفى سنة : 451 هـ (1059).

6) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن تومرت الهرغي المعروف بالمهدي المتوفى سنة 524.

الإسلامي الذي أقام حضارة تعتبر من أرقى الحضارات التي عرفها العالم، إنما كان مقصودها القضاء على الإسلام نفسه في هذه الديار، وتنصير سكانها، وقد فكرت في اختيار أعراف تؤلف منها قانونا بربريا، وتعمدت اغفال كل عرف تأثر بالشرع الإسلامي أو عرف تغاضى عنه الشرع، لأنه لا يتناقض مع روحه، واختارت الأعراف المخالفة للإسلام، وخاصة تلك التي كانت شائعة في قبائل زيان بالأطلس المتوسط، لتجعل منها أساسا للقانون البربرى الذي فرضته على الأكثرية، ولم تسمح بإقامة أية محكمة شرعية في القبائل التي يتم اخضاعها، بل إنها فعلت أكثر من هذا عندما لجأت إلى طرد قضاة مسلمين كانوا موجودين في هذه القبائل، إذ ألغت المحاكم الإسلامية من عشرين قبيلة بربرية من أوسع القبائل وأكثرها عددا، وأخضعت القضاء العرفي بعد أن أخرجته عن دائرة اختصاص القضاء الإسلامي، إلى سلطة ضباط الاستخبارات والمراقبين اللذين كانوا في الواقع السلطة الحقيقية في هذا القضاء، وعملت على التخلص من الأعراف التي تتعارض مع مصالحها فتخلصت ـ مثلا ـ من عرف يقضى بأن أراضي القبيلة البربرية لا يمكن بيعها للأجانب، وأنه لا يمكن قبول الأجانب ملاكين في القبيلة، وحيث إن هذا العرف يتعارض مع مشاريعها الاستيطانية، فقد أصدرت ظهيرا في 15 يونيو 1922 بإلغائه (7).

ولم يكن هذا نتيجة جهلها بقبائل العرف فحسب، بل كان ينطوى على نية خبيثة، إذ أن ترك هذه القبائل تسير وراء أعرافها في غيبة عن التشريع، يعطى الحماية فرصة واسعة لاخراج عدد كبير من القبائل عن

7) تنظيم الحماية الفرنسية في المغرب ص : 274.

دائرة الشرع الإسلامي، لأنه كان هناك تداخل كبير بين العرب والبربر من جهة، واتصال وثيق بين الشرع والعرف في أغلب القبائل من جهة ثانية.

هكذا كانت سياسة الحماية في تطبيق ظهائرها القائمة على إبعاد الشرع، واحلال قانون عرفي يعتمد على أكثر الأعراف بدائية وبعدا عن الإسلام.

وفي سنة 1930 كانت الظروف قد نضجت وأصبحت مواتية لإعطاء العرف البربرى صفة قانونية، وإبعاد القضاء الشرعي إبعادا تاما عن بلاد البربر.

الظهير البربرى وعلاقته بالأعراف البربريـــة :

فقد أحدثت الحماية ظهيرا في شأن القوانين العرفية نعت بالظهير البربرى (16 ماى 1930) وكان ظاهره خطوة إدارية قضائية صرفة، إذ كانت الغاية المتوخاة منه تنظيم جهاز القانون القبلي المعقد ولكن باطنه كان سياسيا صرفا، أرادت فرنسا من ورائه تحطيم المتمسك الديني للمغاربة، ولذلك رأى المغاربة فيه خطرا جسيما على الإسلام كدين، وعلى المغرب كدولة قائمة الذات، ولم يكن القانون البربرى إلا خطوة أولى تتبعها خطوات أخرى، وفعلا لم تمض إلا فترة يسيرة حتى فتحت مدارس بربرية خاصة، سعيا وراء فكرة انعزال البربر عن إخوانهم العرب.

وفي هذا الصدد يذكر الأستاذ علال الفاسي ـ نقلا عن «كود فروا» «إنه من الخطر بمكان أن يسمح بإنشاء كتائب موحدة من المغاربة

يتكلمون لغة واحدة، فإنه يجب أن نفيد إلى الحد الأقصى من القول المأثور «فرق تسد» (8).

غير أن مطبقي سياسة الحماية نسوا أن قضية تطبيق الشريعة في المغرب لم تكن يوما ما من الأمور البسيطة، وأن أساسها القرآن الحكيم والحديث النبوى الشريف، وقد خضع كل شيء في حياة المغرب لأحكام هذه الشريعة المستمدة من هذين الأصلين.

قد يكون العرف الذي سار عليه البرابرة متمما ـ أحيانا ـ لبعض جوانب الحياة، لكن قانونا بربريا مثل هذا الذي أرادت سلطات الحماية أن تفرضه وتقننه، لا يمكن أن تقبله الشريعة، ولا يمكن للمغاربة أن يأخذوا به حينما يتضارب معها، ولذلك اعتبر الكثير من القانونيين أن فرض الظهير البربرى على المغرب، هفوة ارتكبتها السلطات (9).

لقد كانت القوانين القبلية بالفعل نافذة في عدد من الأقضية البربرية منذ زمن طويل ـ كما أوضحنا سابقا ـ وقد كان البرابرة متعصبين لها يختارونها حلا لبعض مشاكلهم وقضاياهم، ولكنهم رفضوا هذه القوانين في شكلها المقنن المفروض، كما جاء به التنظيم الفرنسي، فقد أدخل الفرنسيون سنة 1915 الجماعة القضائية، لكن هذه الجماعة لم ترق إلى مصاف المحاكم القانونية، وإنما اعتبرت مجالس تحكيم فقط، وظل القانون القبلي يستعمل إلى جانب الشريعة يلجأ إليه في مناسبات معينة، وأكثر ما تكون في الأحوال الجنائية.

وفي محضر لإحدى الجلسات التي عقدها الخبراء الأجانب الذين عهد إليهم إعداد الظهير البربرى لوحظ أن الهدف لم يكن قط كما أعلن

---

8) الحركات الاستقلالية ص : 142.

9) تاريخ المغرب في القرن العشرين لروم لاندو ص 176 ـ ترجمة د : نقولا زيادة.

رسميا اظهار الإحترام للتقاليد البربرية القبلية. يظهر ذلك من فحواه «لا مانع من تقويض وحدة التنظيم القضائي في المنطقة الفرنسية إذا كانت المسألة مسألة تقوية جماعة البربر بالنظر إلى الدور الذي قد يدعون للقيام به، بوصفهم جماعة قد تقف يوما في وجه الجماعة الأخرى، ليس هذا فقط فالأمر على عكس ذلك، فهناك من الناحية السياسية فائدة لا يشك فيها وهي، إحداث مثل هذا الشقاق» (10) ولذلك لم يكن من الغريب أن يفسر الشعب المغربي عربه وبربره وضع الظهير البربرى بأنه «تدخل فرنسي في أسس الإسلام، وتصميم من جانب فرنسا بأن تقسم المسلمين، وأن تفرق بين البربر وإخوانهم العرب» (11).

فقد اعترف الظهير البربرى باختصاص الجماعة القضائي، وأنشأ محاكم للنظر في جميع القضايا المدنية دون استثناء، على أساس العادة والعرف المحليين، ولذلك وصف «جوليان» هذه الخطوة بأنها كانت أكثر من مجرد اساءة لاستعمال حق قضائي، لقد كانت خطأ سياسيا» (12).

وقد صرح مستشار الحكومة المغربية - وهو فرنسي - في رسالته المؤرخة في 13 يونيو 1927 قائلا «إن مبدأ استقلال العرف البربرى ودوائر اختصاصه عن الشرع الإسلامي مبدأ فيه أكبر مصلحة سياسية لفرنسا، وإن إبعاد الشرع الإسلامي من جميع بلاد البربر بشكل نهائي مطلق يسمح لنا في يوم قد يكون بعيدا شيئا ما بإنشاء نظام معقول للعدلية البربرية في اتجاه فرنسي خالص» (13).

---

10) تاريخ المغرب لروم لاندو ص 179.
11) نفس المصدر.
12) تاريخ المغرب لروم لاندو ص : 179.
13) مجلة الفتح عدد : 294.

وهكذا اتضح أن سلطات الحماية لا تحيي من العرف البربرى إلا ما تميت به الشريعة الإسلامية، وإلا ما يخدم مصلحتها الإستعمارية، وليس ذلك حبا في العرف البربرى، ولا في إحيائه كما زعمت، وهي سياسة كانت تعمل على إحياء الأعراف البربرية القديمة قبل الإسلام، وادماجها في القانون الفرنسي تفرضه على المغاربة حتى يتحاكموا إليه بدلا من التحاكم إلى القانون الإسلامي، ما لم يتمارض هذا الإحياء مع مصلحتها كل هذا وهي تزعم أن البربر هم أنفسهم الذين طالبوا بإحياء أعرافهم الجاهلية، وتأليف أنظمة قضائية منها، واحلالها محل الشريعة الإسلامية، وأكبر دليل على أن فرنسا كان الغرض من لجوئها إلى الإبقاء على الأعراف البربرية، هو القضاء على الإسلام، أنها منعت الأوقاف الإسلامية من تأسيس المساجد والمعاهد الدينية في قبائل البربر (14).

يقول «لوكلي» : «علموا كل شيء للبربر إلا العربية والإسلام» (15).

ويقول «ڤيكتور فيكي» : «إن ما يهمنا قبل كل شيء هو أن لا نقوي إسلام البرابرة أكثر مما هو عليه، وأن لا نحملهم على التعريب» (16).

ولقد أثبت المستشرق الفرنسي «ماسينيون» أن مثل هذه العادات لا يمكن أبدا جمعها وتدوينها، كما لا يمكن أن تكون قانونا لشعب من الشعوب، فالعادات البربرية تختلف باختلاف القبائل، بل تختلف في القبيلة الواحدة (17).

---

14) مجلة الفتح عدد : 294.
15) مجلة الفتح عدد : 250.
16) السياسة الاستعمارية بالمغرب الأقصى : ص 13.
17) نفس المصدر السابق.

وواضعوا القانون البربري كانوا يعرفون هذا أشد المعرفة. فقد كان يرى «سوردون» واضع القانون البربري، أنه « يجب جمع العادات البربرية لا للمحافظة عليها وتخليدها، فإنها محكوم عليها بالإندثار أمام قانون أرقى منها، ولكن أولى لنا أن ندمجها في القانون الفرنسيي من أن ندمجها في الشرع الإسلامي إن الواجب يقضي علينا بأن لا يحفر بيننا وبين البرابرة هوة لا تمتليء (يعني بإبقاء المحاكم الإسلامية المغربية) ففي المغرب قانونان : قانون إسلامي، وقانون فرنسي، وما دامت الأسلحة هي التي فتحت البلاد البربرية، فلنا الحق في اختيار التشريع الذي يجب تطبيقه في هذه البلاد» (18).

« وإذا كانت العادات العرفية لا مناص لها من الإضمحلال أمام شرع مدون، فلماذا لا تضمحل أمام شرعنا نحن الفرنسيين » (19).

هكذا قررت السلطات الأجنبية قرارات ونصوصا في ترتيب الحكم بالقبائل البربرية الخاضعة للمخزن في ابتداء الأمر على حسب عوائدهم (20).

وجاء الظهير المؤرخ بتاريخ 11 سبتمبر 1914 يقضي بأن القبائل البربرية تبقى على حالتها القديمة حيث عرفها، فأنشأ هذا الظهير جماعات تفصل دعاوى أهل العرف، واستمر العمل جاريا بهذا النص إلى أن صدر ظهير آخر متمم للأول والمؤرخ في 16 ذي الحجة 1348 (1930) ثم ظهير ثالث بتاريخ 23 ذي الحجة 1352 (18 أبريل 1934) (21).

---

18) السياسة الاستعمارية بالمغرب ص 13.
19) مجلة الفتح عدد : 294.
20) انظر البيان المطرب لنظام حكومة المغرب ص : 137.
21) نفس المصدر السابق.

وعلى هذا قسمت القبائل ورتبت الجماعات ونظمت المحاكم فكانت قسمين :

أ ـ المحاكم العرفية الإبتدائيــة :

لقد نصت المادة الثانية من ظهير سبتمبر 1914 الذي استصدره «المارشال» «ليوطي» على أن «القضايا المدنية والتجارية والعقارية، تنظر فيها محاكم خاصة تدعى المحاكم العرفية ابتدائيا ونهائيا طبقا للحدود التي يجرى تعيينها بقرارات وزارية، كما تنظر هذه المحاكم نفسها في جميع القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية أو بأمور الإرث، وتطبق في كل الأحوال العوائد المحلية». وأضيف إلى كل محكمة عرفية ـ ابتدائية كانت أو استينافية ـ مندوب مفوض من حكومة المراقبة، كان في الواقع هو الحاكم الحقيقي وقد بلغ عدد المحاكم العرفية من الدرجة الأولى تسعين محكمة، بينما بلغ عدد المحاكم من الدرجة الثانية (الاستيناف) سبعة (22).

وللمحاكم العرفية الإبتدائية أن تصدر حكما نهائيا في الأحوال الشخصية والمنقولات، إلى حدود ألف فرنك، وحكما ابتدائيا فيما تجاوز ذلك المقدار، كما تحكم ابتدائيا ـ مهما كان مقدار المطلب المرفوع في الدعاوى العقارية أو الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية وبالميراث..

ب ـ محاكم الإستيناف العرفيـــة :

تنظر في الأحكام الصادرة عن المحاكم العرفية الإبتدائية المستأنفة لديها، والإستيناف يقبل في ظرف أجل قدره شهر واحد، ابتداء من

---

22) انظر : البيان المطرب ص : 138.

تاريخ الحكم، إن كان صادرا بمحضر الخصوم وإلا من تاريخ تبليغه، وجميع الإجراءات تسير على حسب العادات المعمول بها في القبيلة.

ومن حيث المبدأ، كان لمحاكم العرف صلاحية النظر في كل الخلافات التي تخص كل البربر في بلاد العرف فقط، ولكن هناك بعض الإستثناءات لهذه القاعدة في بعض المناطق (23).

المبحث الثانـي : مرحلة ما بعد الإستقـــلال

رأينا كيف أن السلطات الأجنبية اتخذت من العرف سياسة تجزئة بإحداثها محاكم عرفية خاصة بالقبائل التي كانت تتمسك بعاداتها التقليدية أطلقت عليها اسم المحاكم العرفية، فاصلة بذلك بين العرب والبربر، ومحكمة في هؤلاء أعرافا انتقتها من أرذل العادات وأكثرها بعدا عن مبادىء الإسلام.

إلا أن هذا التنظيم ألغي مع بداية عهد الإستقلال بموجب ظهير 25 غشت 1956 القاضي باحداث محاكم شرعية في القبائل ذات العرف سابقا، وبذلك أصبح قانون الأحوال الشخصية موحدا يسرى مفعوله على جميع سكان المغرب، لا فرق في ذلك بين المتكلمين بالعربية أو البربرية، وذلك بصدور «مدونة الأحوال الشخصية» (24) التي حلت محل

23) تنظيم الحماية الفرنسية بالمغرب ص : 286.

24) صدرت مدونة الأحوال الشخصية مبوبة في أسلوب حديث أصبح القاضي ملزما بتطبيق ما ورد فيها كلما عرضت عليه قضية لها مساس بتلك القوانين ووضع حد لاختلاف الآراء الموجودة في النصوص الفقهية من راجح ومشهور وشاذ بحيث لم يعد للقضاة مجال لترجيح قول على آخر من أقوال الفقهاء، فقد نص الظهير المؤسس للجنة هذه المدونة على أنه أصبح من الضروري الأكيد رغبة في إفادة المتحاكمين والحصول على نتيجة حسنة لضمان سير القضاء جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر تعليمه وتسهل إجراء العمل به، وتطبق مقتضياته على أحسن وجه، على أنه فوض للقاضي أن يرجع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك في كل مالم يشمله القانون المسطر في المدونة كما نص على ذلك الفصل الثاني والثمانون.

الأعراف (25) الفاسدة، التي كانت متفشية في كثير من قبائل المغرب، وأصبحت الأحوال الشخصية تجرى وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، بينما القضايا الجنائية والمدنية والتجارية تسير وفقا للقانون الوضعي.

وأهم تطور حصل في التنظيم القضائي المغربي ـ والذي له ارتباط وثيق بالعرف ـ حدث في صيف 1974 إذ صدر ظهير خاص بتنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات بموجب ظهير 15 يوليوز 1974 يقضى بتعيين قضاة وكل اليهم تسيير القضايا وفقا لأعراف الناس وعاداتهم، وما تواضعوا عليه، سواء تعلق الأمر بالقضايا الجنائية أو المدنية».

ولم يشترط المشرع في هؤلاء القضاة العرفيين أن يحكموا وفقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية أو بمقتضى القانون الوضعي، بل فوض لهم أن يحكموا طبقا لقواعد العرف المحلي أو التقاليد أو مبادىء الأنصاف كما كان الشأن بالنسبة لرئيس القبيلة (أمغار) في القديم، إذ يتبين من المادة الخامسة من الظهير المنظم لهذا القضاء، أن القاضي العرفي لا يشترط فيه تكوين قانوني، ولا حتى ثقافة عامة تهذب أخلاقه، وتؤهله لأن يدرك بعض الأشياء، وإنما اشترط فيه فقط، بلوغه سن الأربعين وانعدام السوابق الجنحية والقضائية، والتمتع بالحقوق الوطنية، فهو من هذه الناحية شبيه برئيس القبيلة في العهود السابقة، سواء فيما يخص المسطرة المتبعة : من رجوع إلى التحكيم، والحكم بالغرامة، واعتماده على العرف المحلي للفصل في النزاعات، أو ما يخص الشروط المشترطة

---

25) لم تغفل هذه المدونة العرف، فقد أحالت عليه في بعض فصولها صراحة كما جاء في الفصل الرابع عشر في مسألة الكفاءة التي تراعى في الزوجية حين العقد وأومأت إليه في فصول أخرى، إلا أن العرف الذي أحالت عليه هو العرف الصحيح الذي يتمشى مع أحكام الشريعة.

في الحاكم المنتخب، بل إن ما كان يشترط في رئيس القبيلة أقوى وأبلغ. إذ اختيار رئيس القبيلة، كان غالبا ما يقع على رجل متزن ناضج التفكير...

ولا شك أن هذا النوع من العدالة يشكل مسا خطيرا بقانون الشريعة الإسلامية ومبادئها ما دام الحاكم غير ملزم باتباع أي قانون في بلد ألف سكانه قانونا شرعيا على مدى تاريخه الإسلامي الطويل، فهو لم يقبل بالإحتكام إلى قانون وضعي منظم يسيره قضاة أكفاء درسوا مبادئه وأحكامه فأحرى أن يكل أموره إلى حاكم جاهل لا يعرف عن القانون السماوى ولا حتى الوضعي شيئا.

وفي هذا انتهاك لمبادىء الشريعة الإسلامية ولقواعدها الأساسية، فبينما كان ينتظر من المشرع المغربي أن يرجع إلى شرع الله يحكمه في سائر القضايا، لجأ إلى أعراف العوام يحكمها في الناس، يسند تطبيقها إلى حكام جهلة لا علم لهم بمبادىء التشريع..

صحيح أن الفقهاء نصوا على أن القضاء قد يحسنه من لا باع له في الفقه (26) ولكن هذا لا يعني أنهم تساهلوا في الركن الأساسي للقاضي وهو مزيد من العلم، إذ القاضي منفذ بالشرع للأحكام بمقتضى الشرع وموافقته، ومن شأن هذا أن يكون عالما لا جاهلا، ليدرك أسرار القضاء ولذلك اشترطوا فيه أن يكون جامعا بين الفقه والحديث، بل إن ابن الحاجب (27) اشترط فيه أن يكون مجتهدا بحيث لا تجوز ولا تصح

---

26) انظر شرح ميارة للتحفة : 1 / 9.

27) أبو عمرو عثمان بن عمر بن أبي بكر يونس المعروف بابن الحاجب المصري فقيه أصولي نظار ولد سنة 570 ومات بالأسكندرية في شوال سنة 646..
انظر شجرة النور الزكية : 167.

ولا ية المقلد ولا تنفذ أحكامه (28) وإذا كان بعض الفقهاء أجازوا ولا ية المقلد، فإنهم شرطوا أن يختار من أعلم المقلدين، واعتبر القاضي ا بن العربي (29) وعياض (29) والمازرى (30) العلم من الشروط الواجبة (31) ونقل ا بن عبد البر (32) أن الأئمة اشترطوا أن يكون القاضي عالما بالسنة والآثار، وأحكام القرآن ووجوه الفقه واختلاف العلماء (33).

ورد ا بن رحال (34) على ا بن رشد (35) فيما ذهب إليه من أن شرط العلم مستحب لا واجب، بأن هذا قول شاذ بعيد عن الصواب فالقاضي أحوج الناس إلى العلم (36). قد يقال : مادام العرف محكما شرعا، فلا مانع من الأخذ به، وهذا قول صحيح، إلا أن الفقهاء اشترطوا أن يكون هذا العرف صحيحا لا فاسدا، ومن أين يعرف ذلك إذا لم يكن القاضي عالما بالأحكام الشرعية، يستطيع أن يميز بين الصحيح وغيره..

فمعرفة العرف من حيث صلاحه وفساده من مهمة الفقيه المتمرس بالأحكام، أما الجاهل فلا عبرة بعرفه وحكمه، واتباع الأعراف من غير دليل شرعي فساد في الدين، لأن الكثير منها مؤسس على الهوى والباطل.

---

28) انظر شرح ميارة للتحفة : 1 / 9.
29) تقدمت ترجمته.
30) مرت ترجمته.
31) انظر شرح ميارة للتحفة : 1 / 9.
32) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري حافظ المغرب وشيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها ولد عام 368 وتوفي بشاطبة سنة 463 هـ.
33) الكافي في الفقه المالكي مخطوط خ. ع. بالرباط رقم : 540 ك.
34) أبو علي الحسن بن رحال المعداني فقيه محقق له مؤلفات كثيرة توفي عام 1140 هـ.
35) سبقت ترجمته.
36) انظر حاشية ابن رحال : 1 / 2 على هامش شرح ميارة للتحفة.

على أن الأمر لا يتعلق بمبدأ اعتبار الأعراف، وإنما هو فيمن يتولى الحكم بهذه الأعراف، وحكام الجماعات أو قضاة العرف الحاليين، هم من عوام الناس، وأغلبهم لم يسبق له أن أخذ من العلم بشيء فليس بمقدورهم - والحالة هذه - أن يمحصوا الأعراف فيقبلوا منها ما يتفق مع الشرع و يرفضوا ما عداه...

ثم إن العرف يلجأ إليه عندما لا يوجد نص صريح أو ضمني في القضية، أما إن وجد النص فلا عبرة بالعرف صالحا كان أو فاسدا، وإلا لزم نسخ الشريعة بالعادة، ولا قائل بذلك، فالمرجع إنما هو لقواعد الشرع.

وقد أوجب الفقهاء على متولي الافتاء والقضاء في المسائل الجارى فيها العرف أن ينظر فيها فإن كانت مما تكلم فيها الفقهاء قبله بما يخالف العرف الجارى فيها يومئذ، نظر في مستند الفقهاء في كلامهم فإن كان مستندهم دليلا من كتاب أو سنة أو اجماع أو قياس حكم فيها وأفتى بما قال الفقهاء قبله، وألغى العرف، لأنه باطل عند مصادمة الدليل الشرعي..

ولا ريب أن القاضي العرفي لا يتوافر على المؤهل العلمي الذي يكفل له تحقيق هذا الهدف، ويكون المشرع المغربي - بإقراره لهذا التنظيم الجديد وتطبيقه - قد أضاف عرقلة أخرى في طريق التشريع الإسلامي، سجن بها أوامره ونواهيه، فبينما ترتفع الأصوات منادية بتطبيق قانون الشريعة الإسلامية في جميع القضايا المدنية والجنائية والتجارية والتخلص من سيطرة القوانين الوضعية، إذا به يخلق سابقة أخرى في ميدان التشريع لا تزيد القضاء الإسلامي إلا بعدا عن الحياة وواقع الناس.

الفصل الثالث

موقف علماء المغرب من هذه الأعراف

المبحث الأول : العلماء المؤيدون لهذه الأعــراف

اتضح مما قدمنا أن هذه الأعراف فيها ما هو صالح - في الجملة - يساير التشريع الإسلامي ولا يتناقض معه، ولا يهدم أصلا من أصوله. وفيها ما هو جائر فاسد يخالف النصوص القطعية التي أتت بها الشريعة الإسلامية، وأبسط مثال ضربناه لذلك هو : حرمانهم المرأة من الإرث خشية أن يدخل زوجها في أملاك عائلة الزوجة (37) وهذا منهم خرق سافر لما وردت به أحكام الشريعة، وكذا العقوبات التي كانوا يفرضونها على الجناة التي خالفت ما هو منصوص، وعقود الأنكحة على وجه غير شرعي والمغالات في الأيمان، ومشاركة أقارب المتهم في تأدية القسم وتغليظه، وأخذ الولي صداق البنت لنفسه وغيرها من الأحكام التي تصادم الشرع مصادمة صريحة..

وفيها ما كان وسطا بين هذا وذاك، وهو الذي حاول بعض العلماء أن يجدوا له مخرجا ويخلقوا له مسوغا.

وسنعرض فيما يلي وجهة نظر العلماء في هذه الأعراف التي كانت منتشرة في بعض القبائل المغربية، والتي حكمتها في أمور حياتها.

لقد وقف العلماء من هذه الأعراف مواقف مختلفة، فمنهم من حمل عليها بشدة واعتبرها مروقا وخروجا عن الدين يجب محاربتها والقضاء عليها، ومنهم من سايرها ورأى فيها تحقيق مصلحة القوم التي لا تتحقق

---

37) يظهر أن البربر في هذه القضية كانوا متأثرين بالقانون الروماني إذ أن هذا الأخير كان لا يجيز للرجل الأجنبي أن يتملك أرض روما... انظر «المدينة العتيقة» ص : 91.

إلا بها فحبذها وآثر العمل بها، ودافع عنها، ومنهم من وقف موقفا وسطا حارب منها ما خالف مبادىء الشرع ووافق على ما لا يتناقض معه.

فمن الذين أيدوا هذه الأعراف والأحكام والتنظيمات (بالنسبة لأعراف سوس خاصة) الشيخ الحسن بن عثمان الجزولي التملي تلميذ الشيخ أحمد الونشريسي والشيخ ابن غازى المتوفي عام 933 هـ. والذي قال في شأن «الألواح» ومسائل ألواح القبائل منها ما وافق الشرع وهو أكثرها. لكن على غير مذهب مالك» (38).

وعمرو بن أحمد بن زكرياء البعقيلي المعروف بعمرو المفتى وهو معاصر للشيخ السابق وتلميذ الشيخ الونشريسي أيضا، وقد أصدر منشورا بخط يده مؤرخا بجمادى الثانية سنة 964 هـ. ويعد نموذجا للأعراف التي في سوس، وكذلك الشيخ أبو عبد الله محمد بن ابراهيم بن عمرو ابن طلحة التمنارتي المتوفي عام 971 هـ. وعبد الله بن مبارك اللقاوى المتوفي عام 1015 هـ.

فقد ذكر أبو الحسن علي بن أحمد العمرى في كتابه «فتاوى الحاكم» أن أول من أحدث الحلاف هذان العالمان السابقان وأمرا بكتبها في ألواح القبائل من هلالة وهشتوكة، وتابعهما أهل عصرهما، وتلقوا ذلك بالقبول لكونهما أعلم بمصالح المسلمين (39)، وكذا الفقيه عبد الله بن الحاج شعيب الهلالي له بحث في مسائل الألواح والنفالس، والشيخ محمد البوعقيلي الهلالي وهو الواضع للوح حصن زاوية سيدي يعقوب، وله

---

38) ألواح جزولة ص : 106.

39) نفس المصدر.

كتاب في الأعراف، وأبو عيسى السكتاني الرجراجي (40) صاحب النوازل، ومحمد بن سليمان الجزولي السملالي (41).

كما أيدها من المحدثين المرحوم المختار السوسي الذي يذكر أن «أهل سوس أسسوا قواعد وحتموا اعتبارها وقوانين أيدوا بها أعمالها واقرارها، ورتبوا جنايات الأموال فيمن تعرض لأحد ذهب لأسواقهم أو مواسمهم أو حصونهم المخزون فيها مؤونتهم وأمتعتهم أو تعرض لفقيه أو عالم أو طالب علم، ولو بسبب أو شتم، أو تعرض ليهودي في ملاحه أو في طريقه، أو سرق أو جنى جروحا، أو سفك دما أو غير ذلك، وشددوا في ذلك وعينوا النفالس (جمع انفلوس) أعضاء الجمعية في كل قبيلة تجتمع في مدرستها عند وقوع تلك النوائب ويكون الفقيه المدرس في المدرسة هو الحاكم الأكبر المرجوع إليه في الأمور الشرعية، وعلى هذا النمط بنيت أحوال السوس الأقصى كله من أوله إلى آخره، فانجبرت أحوال سوس وامتلأت المدارس بأنواع العلوم والفنون» (42). وكذا الأستاذ العثماني الذي يقول إن «نظرة خاطفة على النظام القضائي العرفي في بعض القبائل البربرية توحي لنا وكأننا أمام نظام قار لا يختلف في كثير من الأشياء عما ورد في الشرع، كما أنه يساير الشريعة ولا يتناقض معها !! بل يسير في اتجاهها ومقاصدها مع مراعاة ضروريات الحياة وتطورها والسياسات الشرعية المبنية على المصالح المرسلة في المسائل التي تتبع فيها أعراف البلاد وعاداتهم وتقاليدهم» (43).

40) الرجراجي : أبو مهدي عيسى بن عبد الرحمن مفتي مراكش في عصره مؤلف نظار توفي بمراكش سنة 1062 هـ وقد نيف على المائة انظر : شجرة النور ص : 308.

41) ألواح جزولة ص : 106.

42) المعسول : 3 / 26.

43) ألواح جزولة ص : 69.

وإلى هذا الرأي ذهب الباحث الفرنسي (جون لافون) الذي قال في شأن الأعراف السوسية «إن من الواجب أن لا يعطى للعرف السوسي الإتجاه الذي ليس له، لأن عرف هذا القطر يختلف تماما عن «ازرف» بالأطلس المتوسط. وان قواعده لا يمكن مقارنتها بالآخرين. لأنه فريد من نوعه في المغرب. وانه لا يتعارض مع الشريعة » (44).

هذه هي المجموعة التي أيدت هذه الأعراف ودافعت عنها، وانساقت مع اتجاهاتها، وقد سبق أن قلنا إن الحسن الأول أقر السوسيين على أعرافهم وعاداتهم، كما بينا أن هناك من سبقه في هذا الميدان.

المبحث الثانـي : العلماء المعارضون لهـا

وفي مقابل هذا الفريق نجد علماء آخرين ومن نفس القبائل التي كان يطبق فيها هذا العرف. يشجبون هذه الأعراف ويندّدون بأصحابها والقائمين عليها، ومن هؤلاء :

أبو عبد الله الهشتوكي إذ يصفها بالضلال المبين، وكذا عبد الرحمن التمنارتي الذي قال في شأنها «إنها من باب التحاكم إلى الطاغوت الذي أمرنا أن نكفر به، والشيخ محمد بن ناصر الدرعي الذي سئل عنها فأجاب في حق أصحابها بأنهم عصاة (45).

والشيخ عبد الرحمن الجزولي الذي أورد في تقييده على الرسالة القيروانية قولة عمر بن عبد العزيز ـ تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور ـ وعلق عليها بقوله « وبقول عمر هذا يستدل أشياخ السوء من القبائل فيما أحدثوا : أن من سل سيفه فضرب به لزمه كذا، ومن وضع

44) نفس المصدر.
45) الأجوبة الناصرية (مخطوط خاص).

يده عليه ولم يسله يلزمه كذا، ومن لطم يلزمه كذا، ومن شتم يلزمه كذا، ويحلفون في البرانس والمناجل وكل ذلك بدعة أماتوا بها السنة» (46).

وهو الموقف الذي وقفه محمد بن عمر إذ ذهب إلى أن الضوابط التي اتفقت عليها الشيوخ والضمان ضلال مبين، لأن أحكام الشرع أتى بها النبي (ص) فبين، وترك الأحكام الشرعية، واستنباط ضوابط وقوانين جديدة كفر صراح (47). ونفس الرأى ذهب إليه قاضي سوس عيسى بن عبد الرحمن الذي قال في شأن الألواح «إنها ألواح شيطانية وهم بذلك إنما ينبذون الكتاب والسنة ويحكمون بغير ما أنزل الله متحاكمين إلى الطاغوت».

المبحث الثالث : العلماء الذين توسطوا في القضية

أما الذين وقفوا منها موقفا وسطا، فقد نظروا إلى هذه الأعراف نظرة واقعية، فما رأوه مخالفا للشريعة،ومصادما للأصولها ومبادئها أنكروه، وما كان غير ذلك أجازوه.

وهذا الموقف عبر عنه كل من الشيخ عبد الواحد بن أحمد مفتى الحضرة المراكشية في عصره، ومحمد بن عمر، والشيخ أحمد بابا السوداني (48) الذي أجاب عن سؤال يتعلق بهذه الأعراف مضمنه : أن أهل الجبال والبادية يجتمعون عن آخرهم، ويعملون منهم أهل الحل والعقد، يطلقون عليهم «انفلاس» ويسميهم البعض الآخر بالشيوخ والضمان،

---

46) شرح لامية الزقاق لميارة ص : 1 م : 44 ط. ف.

47) أجوبة أحمد بابا السوداني مخطوط الخزانة الملكية رقم : 5813.

48) أبو العباس أحمد بابا بن أحمد بن أحمد التمبوكتي فقيه مؤرخ مؤلف مكثر فاقت تآليفه أربعين ـ مولده سنة 963 وتوفي سنة 1032 هـ
انظر شجرة النور الزكية ص : 298.

ويتفقون على أن كل من قطع طريقا على الصادر والوارد ببلدهم يستردون منه ما سلبه من الأموال أيا كانت قائمة العين، وإلا غرموها له، ويعاقبون بالمال ويسمون ذلك انصافا (49) عندهم، ويهدمون داره، ويذبحون بقره يأكلونها ردعا له، وإن لم يكن له شيء في يده يباع عليه ملكه بحضرته في ذلك جبرا، وإن لم يكن له ملك أخذوا قيمة ما سلبه من أقاربه في تأديتها، ويزعمون أنهم لو تركوا هذا لما انتظمت كلمتهم، ولا استقام أمر بلدهم، ولا أمنت سبلهم لكثرة الفساد فيها والفواحش ظاهرا وباطنا لفقدان الأحكام فيها..

فأجاب بما مضمنه : إن الموضع الذي لا سلطان فيه إن اجتمعت جماعة المسلمين فيه على إقامة أحكام الشرع على الوجه المشروع، فإن حكمهم يقوم مقام القاضي والسلطان حيث لا سلطان ولا قاضي، وأما فعلهم الضوابط والأحكام على مقتضى المصالح، فإن كانت جارية على وجه الشرع، فليس بجعل، بل انفاذ لأحكام الشرع، وإن كانت على خلافه فأمر حرام لا يجوز قطعا.

وأما استردادهم من قاطع الطريق ما أخذ من الأموال بعينها فإن كانوا ليردوها إلى أصحابها فهو أمر حسن، وإن كانوا ليأكلوها ففعل قبيح».

وأما عقوبتهم للجاني بهدم داره، واتلاف ماله - ويسمونه انصافا - فالواجب على الجاني إن قطع الطريق أنه محارب، فيجب إنفاذ حكم المحارب فيه.. ولا تهدم داره، ولا تتلف أمواله، لأنه عقوبة بالمال وهي لا تجوز في المذهب على المشهور.

---

49) لا يزال سكان المغرب في الجنوب يستعملون (النصاف) يطبقونه على كل من ارتكب مخالفة أو خالف عهدا وخاصة في مناطق بني ملال وغيرها من القبائل المجاورة.

أما ما يتعلق بالأنصاف فقد ندد به، ووصفه بأنه ظلم وحرام، وليس من أحكام الشرع، بل هو ظلم وعدوان وطغيان، ونعى على أولئك الذين يزعمون أن ذلك لرعي المصلحة، مصرحا بأن هذا كذب وبهتان، وإثم وخسران، فإن اعتقدوا حلية ذلك ربما أفضى بهم إلى المروق من الدين، ووصف تحليفهم المتهم خمسين يمينا بأنه من جملة تغيير الشرع إذ ليس في الشرع تحليف بغير يمين واحدة إلا في القسامة بخمسين، وفي اللعان بأربعة مع التخميس باللعنة والغضب، ورفض أن يكون في تركهم لذلك سبب للفوضى وعدم الأمن والإستقرار، ووصفه بأنه كلام الجهال والغارقين في اتباع الهوى إلى النهاية، فانتظام الكلمة واستقامة الأحوال، إنما يكون باتباع الشرع في الأقوال والأفعال (50).

وعلى كل حال فإن أجوبة الفقهاء ونظرتهم إلى هذه الأعراف تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ومدى التقيد بالمذهبية فمنهم من نظر إلى تحقيق المصلحة فأفتى بالجواز، نظرا إلى أن هذه الأعراف تشتمل على جائز وفاسد، ومنهم من أفتى بالمنع.

والحق أن هذه الأعراف إن كانت من مسائل الضرورات فقد تقرر لدى الفقهاء أن للضرورة أحكاما، فاتفاقهم على جماعة تعمل بضوابط تحقق المصلحة للناس تمنعهم من المحاربين والمتلصصين واسترداد ما أخذوه، فهذا لا يخالف الدين في شيء، وأما ما كان غير ذلك كمواخذة غير الجاني وتحليفه خمسين يمينا يؤديها هو وأقاربه، فهذا من قبيل المروق من الدين بلا شك..

---

50) ينظر هذا السؤال والجواب عنه في أجوبة أحمد بابا السوداني ص : 1، 2، 3 مخطوط الخزانة الملكية رقم 5813.

على أن بعض الغلاة من الفقهاء المناصرين لهذه الأعراف يذهب إلى أنها جائزة بل واجبة، ورآها من باب سد الزرائع والمصالح المرسلة (51) وهذا الرأي عبر عنه القاضي ابراهيم بن يونس ومن سار على رأيه (52).

فالأعراف - بربرية كانت أو غيرها - إنما توزن بميزان الشرع، فما وافق منها فهو معتبر يوخذ به في كل الظروف خاصة إذا تحققت المصلحة من ورائه، وما كان منها مخالفا للشرع فلا يعتبر، ولا يوخذ به بحال، هذا هو الرأي الذي يمكن الإطمئنان إليه، أما ما ذهب إليه البعض من أن هذه الأعراف بما فيها من فساد - تحكم اعتمادا على تحقيق المصلحة فإن المصلحة لا يمكن أن تتحقق بأحكام جائرة.

فأي مصلحة في حرمان المرأة من ميراثها ؟ وأي مصلحة تتحقق في فرض عقوبات جائرة من مثل : قتل النفس، واحراق المتاع، وتهديم الدور والتغليظ في الأيمان ؟

لاشك أن هذه الأعراف تفضي إلى ما هو أسوأ، وربما أدت بالمتهم إلى أن يرتكب مزيدا من العنف، ومزيدا من المروق، على أن الذي أيد هذه الأعراف ورآها قريبة من الشرع وسائرة على مبادئه وتعاليمه، نظر فقط إلى بعض الأعراف التي كانت في جهات معينة، وتهم بالدرجة الأولى منطقة سوس، أما المناطق الأخرى كتلك الأعراف المنتشرة في

51) أجوبة أحمد بابا السوداني ص : 12.
52) نفس المصدر.

قبائل الأطلس المتوسط وما انضاف اليها، والتي تعرف « بازرف» فلا يشك عاقل أنها - في كثير منها - محض فجور وفسوق، ولا ينتج عنها إلا الخراب والدمار، وتقويض روح الإسلام في داره وبين أهله وتفضي بصاحبها - ولا شك - إلى الكفر الصراح، إذ لا فرق بينها وبين أعراف الجاهلية الأولى، التي جاءت الشريعة الإسلامية بمحاربتها والقضاء عليها. «ولن يصلح آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أولها».

القسم الثاني

العمـــــل

الباب الأَول

عمل أهل المدينة

الفصل الأَول :

الأَسباب الداعية إلى الأَخذ بالعمل والدليل على حجيته

المبحث الأول :

الأسباب الداعية إلى الأخذ به

تـمـهـيـد :

كان للمدينة شرف عظيم باحتضانها نبي الرحمة. وهادي الأمة. المشرع الأعظم محمد عليه السلام.

ففيها سن الله لرسوله سنن الإسلام وشريعته. وإليها كانت الهجرة إلى الله. وبها كان الأنصار والمهاجرون الذين تبوأوا الدار والإيمان. فكان مذهب أهلها أصح مذاهب أهل الإسلام أصولا وفروعا. وحديثهم أصح الأحاديث باتفاق أهل المعرفة بهذا الشأن. لأنهم أكثر الناس اقتداء بآثاره صلى الله عليه وسلم وتأسيا به. وسائر الأمصار منقادة لعلمهم وسلوكهم.. ظلوا هكذا زمن الصحابة والتابعين. وتابعي التابعين من بعدهم وكان مالك ـ وهو من هؤلاء ـ أقوم الناس بمذهب أهل المدينة رواية ودراية. لم يكن في عصره من هو أقوم بذلك منه. لأنه رأى آثار الصحابة والتابعين.

فكان لذلك تأثير في فكره وحياته. واعتبار في اجتهاده واستنباطه. في هذا الوسط نشأ الإمام مالك بن أنس. وتعلم وعلم. وأنشأ مدرسته العظيمة. وألف أول مؤلف في الإسلام. جمع فيه إلى الحديث الفقه. واشتهر بوقوفه موقفا وسطا بين مدرسة الرأي في العراق. ومدرسة الحديث في الحجاز. فكان لا يهمل الرأي. ولكنه كان يأخذ به فيما لم يرد في المسألة نص ثابت من حديث وأثر.

وكانت مدرسته غنية بالاعتماد على الحديث. يثريها بتتبع آثار النبي صلى الله عليه وسلم. وبعمل الصحابة والتابعين. وقد اعتبر عمل أهل المدينة للأسباب الآتية:

1 ـ كان يرى أن أهل المدينة أقرب من مواقع الوحي، وأجدر أن يحافظوا على ما سمعوه وتعلموه وشاهدوه.

2 ـ اعتقاده أن ما كان يجري به عمل أهل المدينة لا يبعد أن يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اطلع عليه وسكت عنه، وأقرهم على ذلك.

3 ـ إن الرسول عليه السلام لبث في المدينة ثلاث عشرة سنة يوحى إليه، وبها كان يدبر شؤون الدين والدنيا، ويبني قواعد الأمة، ويربي الناس ويحكم بينهم، فجمع بذلك بين الدين والدنيا عبادة ومعاملة. فاعتبر دينه كما اعتبر عمله..

4 ـ إن الصحابة من بعده ـ وهم حديثو عهد بالنبوة والتشريع ـ لم يغيروا شيئا من ذلك، بل تابعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سكوته. وعمله.

5 ـ كانت المدينة مركز الخلافة في عهد الراشدين، اجتمع بها أكابر الصحابة، وهم أكثرهم عددا، وأوسعهم علما، وأعلمهم بسلوك نبيهم..

6 ـ لما ولي أبو بكر الخلافة، وبدأ يقضي بين الناس كان يجمع الصحابة فيما يعرض له من المسائل، وبفتاويهم يقتدي، وعليها يعتمد، وهم مستشاروه في العلم والعمل معا..

7 ـ ثم تابعه عمر ثم عثمان من بعدهما، وكانا يقتديان بما فعل الخليفة الأول.

8 ـ ثم جاء التابعون بعدهم، فانتهجوا نهجهم، واحتذوا حذوهم، وساروا على منوالهم، ناظرين إلى الدين بمنظار من سبقهم.. النص في عقولهم، والعمل شائع بين ظهرانهم، وآثار الرسول معروفة بين صغيرهم وكبيرهم، يسمعها الأبناء من الآباء.. مسجلين كل خطوات رسول الله (صّ) ومستحضرينها نصب أعينهم، كل ذلك كان يجري في المدينة، والناس شهود بعضهم على بعض. هذه الأسباب وغيرها، لاحظها الإمام مالك، فطفق يحدث بعمل أهل المدينة، وما عملهم إلا قبس من عمل نبيهم الذي عاش بينهم، وخالط صغيرهم وكبيرهم، وتقاسم معهم آمالهم وآلامهم، فاتخذه مطية للتشريع، يصل منه إلى تقنين الأحكام ما لم يجد نصا يسير عليه، أو وجده ولكنه لم يطمئن إلى صحته، فلاح له أن ما عليه الجم الغفير أولى أن يتبع وينتهج.

ولا ريب أن رواية شخص واحد لا تصل في قوتها ما أطبق عليه المجتمع المدني بأسره.

بهذه الرؤية اهتدى مالك إلى مصدر من مصادر التشريع جديد وهو «عمل أهل المدينة» في استنباط بعض الأحكام، وترجيح بعض الآراء فيما اختلفت فيه الآثار، وتعارضت فيه النصوص، فجاء عنده في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والإجماع : الأدلة الأصلية لمصادر الأحكام.

لكن ما هي الأدلة التي استند إليها مالك في اعتباره لهذا المصدر ؟ وما هو رأي العلماء فيه، وموقفهم منه ؟

ذاك ما سنتحدث عنه في المبحث القادم.

المبحث الثـانـي :

الدليل على حجية عمل أهل المدينة

الفرع الأول : من السنة

استدل المالكية (1) على اعتبار عمل أهل المدينة وحجيته كمصدر من مصادر التشريع بأدلة من السنة والأثر والعقل.

أما من السنة : فشهادة رسول الله (ص) للمدينة وأهلها وما ورد فيها من الفضائل، ودعاء رسول الله لها.. من ذلك : ما رواه ابن عمر أن النبي (ص) قال : «لا يصبر أحد على لأواء المدينة وشدتها. إلا كنت له شفيعا أو شهيدا يوم القيامة» (2).

وما رواه جابر بن عبد الله (3) قال : قال رسول الله (ص) «إنما المدينة كالكير تنفى خبثها وينصع طيبها» (4). وروى الحديث بلفظ آخر من طريق أبي هريرة تنفي الناس كما ينفي الكير خبث الحديد» (5). وفي حديث زيد بن ثابت (6) : أنها تنفى الرجال كما تنفى النار خبث الحديد.

---

1) هذا الإستدلال ينسحب على أتباع مالك، أما هو نفسه فقد دافع عن رأيه بنفسه عن الإنتقادات التي وجهت إليه، وموقفه مع خصومه ومنتقديه معروف فقد كان يستدل عليهم بأثر رسول الله (ص) وبما سار عليه الصحابة والتابعون من بعده. انظر ترتيب المدارك 1/49.

2) تنوير الحوالك : 3 / 83 والفروق : 2/229.

3) جابر بن عبد الله بن حرام الأنصارى السلمى من علماء الصحابة المتوفى عام 70 هـ

4) تنوير الحوالك : 3 / 84.

5) المصدر.

6) زيد بن ثابت الأنصارى كاتب الوحي وجامع القرآن أحد الصحابة الراسخين في العلم المتوفى سنة 45 هـ

وروى سفيان بن أبي زهير قال : قال رسول الله (ص) تفتح اليمن فيأتي قوم يبسون فيتحملون بأهليهم، ومن أطاعهم، والمدينة خير لهم لو كانوا يعلمون (7).

وعن أبي هريرة (ض) عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «والذي نفسي بيده لا يخرج أحد منها رغبة عنها إلا خلق الله فيها من هو خير منه».

وعن أبي هريرة أن رسول الله (ص) قال : «على أنقاب المدينة ملائكة لا يدخلها الطاعون ولا الدجال» (8).

وما رواه محمد بن مسلمة (9) عن مالك قال : دخلت على المهدي فقال : أوصيني، فقلت : أوصيك بتقوى الله وحده، والعطف على أهل بلد رسول الله (ص) وجيرانه، فإنه بلغنا أن رسول الله (ص) قال : «المدينة مهاجري ومنها مبعثي، وبها قبري، وأهلها جيراني، وحقيق على أمتي حفظي في جيراني، فمن حفظهم في، كنت له شهيدا أو شفيعا يوم القيامة، ومن لم يحفظ وصيتي في جيراني سقاه الله من طينة الخبال» (10).

وعن أبي سعيد المقبوري (11) عن أبي هريرة قال : قال رسول الله (ص) : المدينة قبة الإسلام، ودار الإيمان، وأرض الهجرة، ومبدأ الحلال والحرام» (12)

---

7) تنوير الحوالك : 3 / 85.
8) صحيح البخارى : 9 / 61 وتنوير الحوالك : 3 / 88.
9) محمد بن مسلمة المتوفي سنة 210 شرف الطالب ص : 40.
10) ترتيب المدارك : 36/1 تحقيق بنتاويت الطنجي نشر وزارة أوقاف المغرب.
11) سعيد المقبورى بن أبي سعيد كيان مولى بن جندع توفي سنة 133 هـ
12) المدارك : 1 / 37.

وروى كثير بن عبد الله عن أبيه عن جده أن رسول الله (ص) قال : إن الدين ليأرز إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها، وليعقلن الدين من الحجاز معقل الأروية من رأس الجبل، إن الدين بدأ غريبا، وسيعود غريبا، فطوبى للغرباء الذين يصلحون ما أفسد الناس من بعدي من سنتي» (13).

وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «لينحازن الإسلام إلى المدينة كما يحوز السيل الدمن، وعن أبي هريرة (ض) عن النبي (ص) قال : «لا تقوم الساعة حتى يأرز الإيمان إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها» (14).

وفسر أبو مصعب الزهري (15) هذا الحديث بقوله : والله ما يأرز إلا إلى أهلها الذين يقومون به ويشرعون شرائعه، ويعرفون تأويله ويقومون بأحكامه، وما ذلك من رسول الله (ص) مدحا للأرض والدور، وما ذاك إلا مدحا لأهلها، وتنبيها إلى أن ذلك باق فيهم، زائل عن غيرهم، حين يرفع العلم، فيتخذ الناس رؤساء جهالا فيسألون فيقولون بغير علم فيضلون ويضلون.

وفسر الإمام مالك قوله (ص) «بدأ الإسلام غريبا وسيعود غريبا كما بدأ بعودته إلى المدينة كما بدأ منها..

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم «لا يكابد أحد أهل المدينة إلا انماع كما ينماع الملح في الماء» (16).

---

13) المصدر.

14) المصدر.

15) أبو مصعب أحمد بن القاسم بن الحارث بن زرارة بن مصعب بن عوف الزهرى قاضي المدينة وعالمها فقيه ثبت ثقة توفي عام 242 هـ.

16) المدارك : 1/ 32 وأحكام الآمدى : 1/ 349.

الفرع الثاني :

الأثـــر

وأما دليلهم من الأثر : فقد روى مالك بن أنس أن «المدينة محفوفة بالشهداء، وعلى أنقابها ملائكة يحرسونها لا يدخلها الدجال ولا الطاعون، وهي دار الهجرة والسنة، وبها خيار الناس بعد رسول الله (ص) وهجرة النبي (ص) وأصحابه، واختارها الله له، بعد وفاته فجعل بها قبره، وبها روضة من رياض الجنة، وقبر رسول الله (ص) وليس ذلك لشيء من البلاد غيرها، وفي رواية منها تبعث أشراف هذه الأمة يوم القيامة».

وعلق القاضي عياض (17) على كلام الإمام هذا بقوله : «وهذا كلام لا يقوله مالك عن نفسه، إذ لا يدرك بالقياس» (18) ومنها ما قاله جعفر بن محمد لمالك : اخترت مقامك بالمدينة وتركت الريف والخصب ! فقال : وكيف لا أختاره، وما بالمدينة طريق إلا سلك عليه رسول الله (ص) وجبريل عليه السلام ينزل عليه من عند رب العالمين في أقل من ساعة، ومنها ما ذكره أبو مصعب الزهري : قيل لمالك : لم صار لأهل المدينة لين القلوب، وفي أهل مكة قساوة القلوب ؟ فقال : «لأن أهل مكة أخرجوا نبيهم، وأهل المدينة آووه (19).

---

17) أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي فقيه أديب محدث مؤلف مكثر من أشهر فقهاء المغرب أفردت ترجمته بالتأليف ولد في شعبان سنة 476 هـ وتوفي بمراكش في جمادى الآخرة سنة 544 هـ.

18) المدارك : 1/ 35.

19) المدارك : 1/ 35.

وقال حماد بن واقد الصفار لمالك : يا أبا عبد الله : أيهما أحب إليك، المقام هاهنا أو بمكة ؟ فقال : ها هنا، وذلك أن الله اختارها لنبيه (ص) من جميع بقاع الأرض، ثم استدل على ذلك بحديث أبي هريرة في فضلها (20).

ومنها ما قاله زيد بن ثابت : إذا رأيت أهل المدينة على شيء، فاعلم أنه السنة. قال ابن عمر : لو رأى الناس إذا وقعت فتنة ردوا الأمر فيه إلى أهل المدينة، فإذا اجتمعوا على شيء يعني فعلوه صلح الأمر، ولكنه إذا نعق ناعق تبعه الناس (21).

- ومنها ما ذكره مالك أن ابن مسعود كان يسأل بالعراق عن شيء فيقول فيه، ثم يقدم المدينة فيسأل فيجد الأمر على غير ما قال، فإذا رجع لم يحط رحله ولم يدخل بيته، حتى يرجع إلى ذلك الرجل فيخبره بذلك.

وكان عمر بن عبد العزيز يكتب إلى الأمصار يعلمهم السنن والفقه ويكتب إلى المدينة يسألهم عما مضى لعله يعمل بما عندهم (22).

- ومنها ما ذكره عبد الله بن عمر أنه كتب إليه ابن الزبير، وعبد الملك ابن مروان، كلاهما يدعوه إلى المشورة، فكتب إليهما : إن كنتما تريدان المشورة، فعليكما بدار الهجرة والسنة (23) ومنها ما قاله أبو بكر بن عمرو بن حزم : «إذا وجدت أهل هذا البلد أجمعوا على شيء، فلا تشكن أنه الحق».

---

20) المدارك : 1/ 35.

21) المدارك : 1/ 38.

22) المدارك : 1/ 39.

23) المصدر.

وقال الشافعي : إذا وجدت معتمدا من أهل المدينة على شيء فليس فيها حيلة من صحتها.

- ومنها ما ذكره الإمام مالك في رسالته إلى الليث (24) يذكره بما يجري في المدينة، ويصف له فضلها، وحجية عملها، وأن الناس تبع لأهل المدينة، إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن، وأحل الحلال وحرم الحرام، إذ رسول الله (ص) بين أظهرهم، يحضرون الوحي والتنزيل، ويأمرهم فيطيعونه، ويبين لهم فيتبعونه حتى توفاه الله، واختار له ما عنده، صلوات الله عليه ورحمته وبركاته ثم قام من بعده اتبع الناس له من أمته ممن ولي الأمر من بعده، فما نزل بهم مما علموا أنفذوه، وما لم يكن عندهم علم فيه سألوا عنه، ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا في ذلك في اجتهادهم، وحداثة عهدهم..

ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون ذلك السبيل، ويتبعون تلك السنن، فإذا كان الأمر بالمدينة ظاهرا معمولا به، لم أر لأحد خلافه للذي في أيديهم من تلك الوراثة التي لا يجوز لأحد انتحالها ولا ادعاؤها (25).

الفرع الثالث :

العقل

وأما دليلهم من طريق العقل، فقد استدلوا على ذلك بما يلي :

---

24) الليث بن سعد بن عبد الرحمن إمام أهل مصر في الفقه والحديث ولد في شعبان سنة 94 هـ وتوفي يوم الخميس منتصف شعبان سنة 175 هـ ودفن في القرافة الصغرى بمصر.

25) المدارك : 1/ 42 واعلام الموقعين : 3/ 72.

1 ـ إن العادة قاضية بعدم اجتماع مثل هذه الكثرة من الموجودين في مهبط الوحي، الواقفين على وجوه الأدلة والترجيح إلا عن راجح..

2 ـ إن المدينة دار هجرة النبي عليه السلام، وموضع قبره، ومهبط الوحي، ومستقر الإسلام، ومجمع الصحابة، فلا يجوز أن يخرج الحق عن قول أهلها..

3 ـ إن أهل المدينة شاهدوا التنزيل، وسمعوا التأويل، وكانوا أعرف بأحوال الرسول (ص) من غيرهم فيبعد أن يخرج الحق عنهم.

4 ـ إن رواية أهل المدينة مقدمة على رواية غيرهم، فكان عملهم حجة على غيرهم (26).

المبحث الثالث :

رد هذه الأدلة

يرى كثير من أهل العلم، أن هذه الأحاديث والآثار الواردة في فضل أهل المدينة، وعمل أهلها، لا تنهض حجة على قيام العمل والاستدلال به في الأحكام، كما لا تصلح سندا ودليلا يرجع إليه، واعتبروا عمل أهل المدينة كعمل غيرهم من أهل الأمصار سواء بسواء..

وهكذا يذهبون إلى أن هذه الأدلة لا حجة فيها، وردوها بما يلي :

1 ـ إن حديث المدينة طيبة تنفي خبثها كما ينفي الكير خبث الحديد» لا يصلح دليلا لأن الخطأ ليس من الخبث، بدليل أن من اجتهد وأصاب فله أجران، ومن أخطأ فله أجر واحد.

---

26) أحكام الآمدى : 1/ 350.

وأيضا فإن حمل الخبث في الحديث على الخطأ متعذر، لمشاهدة وقوعه من أهلها قطعا، لانتفاء عصمتهم، حتى قال إمام الحرمين : لو اطلع مطلع على ما يجري بين لابتيها من المخازي لقضى العجب».

على أن خلوص المدينة من الخبث ليس فيه ما يدل على أن من كان خارجا عنها لا يكون خالصا من الخبث، ولا على أن إجماع أهل المدينة دون غيرهم يكون حجة عليهم، وإنما خصصت المدينة بالذكر في الحديث إظهارا لشرفها، وإبانة لخطرها، وعظم شأنها، تمييزا لها عن غيرها لما اختصت به من المزايا والفضائل التي لا توجد في غيرها. وبهذا يرد على الاحتجاج بالحديث الآخر وهو : «ان الإسلام ليأزر إلى المدينة كما تأرز الحية إلى جحرها»..

وهكذا بقية الأحاديث المستدل بها..

أما الأدلة المأثورة : فقد ردت بأن اشتمال المدينة على صفات موجبة لفضلها وخطرها لا يدل على انتفاء الفضيلة عن غيرها، ولا على صحة الاحتجاج باجماع أهلها، لأن المعتبر في التشريع انما هو العلم بالأحكام الشرعية المستفادة من الاجتهاد وهذا لا دخل فيه لفضيلة البقعة وطهارتها، والا فلو اعتبر ذلك لصح أن يقال إن اجماع أهل مكة حجة لاختصاصها بكثير من المزايا والفضائل، كالبيت الحرام، والمقام، وزمزم، والحجر المستلم، والصفا والمروة، وغير ذلك، وهي مولد الرسول ومبعثه، ومولد اسماعيل ومنزل ابراهيم إلى غير ذلك من المزايا التي لا دلالة لها على أن اجماع أهلها وعملهم المستمر حجة على غيرهم وهذا لا قائل به (27).

27) الأحكام لابن حزم : مجلد 2 / 876.

2 ـ ثم إن أهلها وان شاهدوا التنزيل وسمعوا التأويل مع كونهم أعرف الناس بأحوال الرسول، إلا أن ذلك لا يدل على انحصار أهل العلم، ومن تقوم عليهم الحجة بقولهم من أهل الحل والعقد في المدينة، لأنها لم تجمع جميع العلماء، لا قبل الهجرة ولا بعدها، لأنهم لا يزالون متفرقين في الاسفار وفي الغزوات والامصار.

3 ـ وأيضا فإن مشاهدة التنزيل، وسماع التأويل، ليس ذلك خاصا بمن استقروا في الدينة، فإن كثيرا من الصحابة ممن هم من أهل المدينة قد انتشروا في البلاد، وتفرقوا في الامصار بعد السماع من الرسول.

فالقول بأنهم إن وجدوا في المدينة يعتبر اجماعهم حجة، وان وجدوا خارجها لا يعتبر حجة، تحكم باطل، إذ لا دليل يؤيده، وأوضح من هذا، أن من وجدوا في المدينة يجوز أن يخفى عليهم حديث يسمعه غيرهم من رسول الله (ص) في سفر أو غزوة، أو في نفس المدينة، ثم يخرج منها قبل نقله عنه.

وقد حدث ذلك فعلا، فإن كثيرا من الأحاديث التي رويت عن ابن مسعود، ومعاذ، وعلي، وأبي موسى الاشعرى (28) وغيرهم لم يروها أهل المدينة، ولا علموها، فترك الأحاديث وألغاؤها لكونها لم ترو عن أهل المدينة لخفائها عنهم وان نقلت عن غيرهم وثبت روايتها إن هو إلا تحكم لا دليل عليه.

4 ـ وكذلك ردوا على قياس عملهم على روايتهم، بأنه لا يصح الاعتماد عليه، لأنه قياس مع وجود الفارق، إن الرواية شيء والدراية شيء آخر، وذلك ما يبطل به القياس، والفرق بينهما حاصل من وجهين:

28) أبو موسى الأشعرى: عبد الله بن قيس الصحابي الجليل أحد مبعوثي النبي (ص) إلى اليمن، وولاه عمر القضاء توفي سنة 44 هـ

أ) ان الرواية يرجح فيها بكثرة الرواية بعد التساوي في جميع الصفات المعتبرة في قبول الرواية. بخلاف الاجتهاد فلا أثر فيه للقلة ولا للكثرة. إذ لا يجب على أحد من المجتهدين الأخذ بقول الآخر منهم.

ب) ان الرواية مستندها السماع والمشاهدة. لوقوع الحوادث المروية في زمان الرسول وبحضرته. وهذا من شأن أهل المدينة أن يكونوا أعرف به؛ لمكان قربهم من الرسول. وأما الاجتهاد فطريقه النظر والبحث والاستدلال وهذا لا أثر للقرب ولا للبعد ولا للزمان ولا للمكان فيه.

لهذا لا يصح قياس الاجتهاد على الرواية. لأن الرواية مبناها النقل والمشاهدة والاجتهاد مبناه النظر. والبحث والاستدلال (29).

المبحث الرابع

مناقشة هذه الردود

والذي يظهر أن هذه الردود ليست سليمة ولا مقنعة ويمكن أن ترد بما يلي :

1 ـ إن هذه الردود منصبة على الإجماع. وليس على عمل أهل المدينة فهم تصوروا أن مالكا يعتبر عمل أهل المدينة إجماعا. والصواب غير ذلك كما سنبينه بعد.

2 ـ ان مالكا بين وجه اعتماده العمل بنفسه. ولم يظهر من كلامه أنه يقصد الإجماع ـ الذي هو مصدر من مصادر التشريع ـ الذي يأتي في الدرجة الثالثة بعد الكتاب والسنة. وذلك فيما رواه عنه ابن أبي

29) انظر أحكام الآمدى : 1/ 351 ـ 352.

أويس (30) قال : وما رأيت الأمر عندنا فهو ما عمل به الناس عندنا، وجرت به الأحكام، وعرفه الجاهل والعالم، وكذلك ما قلت فيه ببلدنا، وما قال فيه بعض أهل العلم، فهو شيء استحسنته ونظرت على مذهب من لقيته، حتى وقع ذلك موقع الحق أو قريبا منه، حتى لا يخرج عن مذهب أهل المدينة وآرائهم وإن لم أسمع ذلك بعينه، فنسبت الرأي إلي بعد الاجتهاد مع السنة، وما مضى عليه أهل العلم المقتدى بهم، والأمر المعمول به عندنا من لدن رسول الله (ص) والأئمة الراشدين مع من لقيته فذلك رأيهم ما خرجت إلى غيره» (31).

فهذا الكلام ـ كما نرى ـ لا يفهم منه أن مالكا قصد به الإجماع إلا على وجه التعسف والفهم البعيد.

3 ـ ما ردوا به من أن عمل أهل المدينة يشبه عمل باقي الأمصار كمكة وغيرها، لا وجه له، إذ عمل أهل المدينة هناك ما يؤيده من اتباع السلف لأفعال رسول الله (ص) وسلوكه، لأن بها مات، وبها كانت آخر حياته، وآخر أعماله بخلاف ما تقدم من عمل مكة مثلا، لاعتبار أن يكون حصل ما نسخ العمل الأول، ومع ذلك فعمل مكة، إذا لم يوجد ما يبطله ولم يقم دليل على نسخه، يعمل به أيضا في نطاق محليته، فهو بمثابة العرف المحلي المحكم قانونا وشرعا، والذي يقضى به في كل بلد تعارفه أهلها، وأطبقوا عليه.

4 ـ أما عن انتشار أصحاب رسول الله (ص) وأن المدينة لم تجمع جميع العلماء، لا قبل الهجرة ولا بعدها، وأنهم تفرقوا في الأسفار

---

30) اسماعيل بن أبي أويس ابن أخت مالك بن أنس الفقيه الإمام المتوفي عام 227 هـ.

31) المدارك : 2/ 64 والديباج المذهب ص : 25 ط السعادة والمعيار للونشريسي : 10/ 32.

والغزوات والأمصار، فهذا يرده ما صرح به مالك إذ قال مستفسرا: «إنصرف رسول الله (ص) عن غزوة كذا في نحو كذا وكذا ألفا من الصحابة مات بالمدينة منهم نحو عشرة آلاف، وباقيهم تفرق في البلدان، فأيهم أحرى أن يتبع ويؤخذ بقوله؟

من مات عندهم النبي (ص) وأصحابه الذين ذكرت أو من مات عندهم واحد أو اثنان من أصحاب النبي (ص) (32)؟

5 - يظهر من الردود السابقة أنهم يقصدون في ردهم مالكا وحده ظانين أنه أول من قال به، إذ ورد في أحكام الآمدي «احتج من نصر مذهب مالك» (33).

والواقع أن عمل أهل المدينة المعتبر لم يقل به مالك وحده، ولا كان أول من قال به، بل سبقه إلى القول به أناس قبله، فعمر بن الخطاب (ض) يقول على المنبر: «أحرج بالله عز وجل على رجل روى حديثا العمل على خلافه» (34).

وروى مالك قال: «قد كان رجال من أهل العلم من التابعين يحدثون بالأحاديث وتبلغهم عن غيرهم، فيقولون: ما نجهل هذا، ولكن مضى العمل غيره» (35).

وروي عن محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم (36) أنه كان إذا قضى بالقضية قد جاء فيها الحديث مخالفا للقضاء، يعاتبه أخوه عبد الله

---

32) المدارك: 1/ 32.

33) أحكام الآمدى: 1/ 351.

34) المدارك: 1/ 45.

35) المصدر.

36) انظر ترجمته في الفكر السامي 2/ 113.

ويقول له : ألم يأت في هذا حديث كذا ؟ فيقول بلى، فيقول له أخوه، فمالك لا تقضي به ؟ فيقول : فأين الناس منه ؟ يعني بذلك ما أجمع عليه من العمل بالمدينة : يريد أن العمل به أقوى من الحديث (37).

قال ابن أبي الزناد، كان عمر بن عبد العزيز يجمع الفقهاء ويسألهم عن السنن والأقضية التي يعمل بها فيثبتها، وما كان منها لا يعمل به الناس ألغاه، وإن كان مخرجه عن ثقة.

6 ـ ما احتجوا به من قوله عليه السلام : «لا تجتمع أمتي على خطأ» ومفهوم الحديث، أن بعض الأمة يجوز عليه الخطأ، وأهل المدينة بعض الأمة، فإن القرافي يرد عليهم بأن منطوق الحديث المثبت أقوى من مفهوم الحديث النافي (38) ووجه ترجيح القرافي، أن المخالفين للعمل يحتجون بهذا الحديث، والمؤيدين للعمل يحتجون بحديث «ان المدينة لتنفي خبثها كما ينفي الكير خبث الحديث».

ومعلوم أنه إذا تعارض المنطوق والمفهوم، قدمت دلالة المنطوق باتفاق العلماء.

---

37) المصدر.

38) انظر شرح تنقيح الفصول ص : 334 تحقيق طه عبد الرؤوف سعد.

الفصل الثاني

العمل من وجهة نظر المالكية

المبحث الأول :

تقسيم العمـــل :

إن مسألة العمل احتدم الجدال فيها بين مالك وغيره من أرباب المذاهب في حياته، كما احتدم النزاع فيها بين أتباعه وغيرهم بعد مماته..

فمالك يرى تقديم عمل أهل المدينة، ويأتي عنده في الدرجة الثانية للإجماع، ولا يشترط في الخبر الواحد أن يعضده العمل، وإنما العمل عنده مقدم عليه، فإن لم يوجد عمل، وجب المصير إلى الخبر الواحد، والعمل به مهما صح أو حسن لديه، دون اشتراط شهرة أو غيرها، وهو القائل : «إذا صح الحديث فهو مذهبي» والذى زعم أن مالكا يشترط في خبر الواحد موافقته لعمل أهل المدينة، فقد تقول على مالك ما لم يقل، فلا يشترط في الخبر إلا الصحة، ولا شيء غير ذلك.

وقد عمل بخبر الواحد في عديد من المسائل، بل إن العمل بخبر الواحد من أصول مذهبه..

نعم إذا كان خبر الواحد واردا من طريق غير صحيح، وخالف ما عليه أهل المدينة، فكان يرى تقديم العمل أرجح في الأخذ، وأقرب إلى الحق والصواب، لأن العمل عنده من جملة المرجحات للحديث متنا

وسندا (1). وبقية الأئمة لا يرون هذا الرأي ولا يعتبرون العمل حجة. وقد عضد رأى مالك كثير من أعلام الأمة أمثال ابن مهدى (2)، وأبي بكر ابن حزم، وسفيان، وأبي مصعب الزهرى ومحمد بن مسلمة (3) وغيرهم (4).

فالعمل هو أصل من أصول المالكية، فمهما جرى في المسألة واتفق عليه علماؤها، يقول مالك بحجتيه وتقديمه على القياس ليس هذا فحسب، بل إن هذا العمل إذا جرى عليه جمهور أهل المدينة يحتج به، ويقدمه على خبر الواحد، لأنه عنده أقوى منه، إذ عملهم بمنزلة روايتهم عن رسول الله (ص) ورواية جماعة عن جماعة خير من رواية واحد عن واحد كما قال شيخه ربيعة «ألف عن ألف أحب إلي من واحد عن واحد، لأن واحدا عن واحد ينزع السنة من أيديكم» (5).

وأهل المدينة أدرى بالسنة، والناسخ والمنسوخ فمخالفتهم لخبر الواحد، دليل على نسخه.

وقد قسم المالكية عمل أهل المدينة إلى قسمين :

1 ـ **القسم الأول :** من طريق النقل والحكاية، وهو الذي نقله

---

1) وفي هذا يقول ابن وهب «رأيت العمل عند مالك أقوى من الحديث (المدارك 1/45، وفي الفروق للقرافي 3 / 273 عمل أهل المدينة مقدم على خبر الواحد وعلق ابن الشاط على ذلك بقوله «ليس للمالكية كلام يقوى غير هذا، فإذا ثبت عمل أهل المدينة رجح على خبر الواحد.

2) أبو سعيد عبد الرحمن بن مهدى بن حسان البصرى فقيه محدث من أصحاب مالك مولده سنة 135 هـ وتوفي بالبصرة سنة 198 هـ.

3) محمد بن مسلمة المتوفى سنة 214 انظر شرف الطالب ص : 40.

4) الفكر السامي : 2 / 168.

5) المدارك : 1 / 46.

الجمهور عن الجمهور، وآثرته الكافة عن الكافة، وعمل به عملا لا يخفى، متواترا من زمان رسول الله (ص) ومتصلا به.

وهو إما نقل شرع من جهة النبي (ص) من قول أو فعل كالصاع والمد وكونه (ص) كان يأخذ منهم صدقاتهم وفطرتهم، وكالأذان والإقامة والأوقاف والأحباس وغيرها. فهذا النقل لهذه الأشياء من قوله وفعله مما علم ضرورة من أحواله وسيرته أو نقل اقراره عليه السلام لما شاهده منهم، ولم ينقل عنه إنكاره أو تركه لأمور وأحكام لم يلزمهم إياها مع شهرتها لديهم، وظهورها فيهم، وذلك كترك أخذ الزكاة من الخضراوات مع اطلاعه عليها، ووجودها عندهم بكثرة.

فهذا النوع حجة يلزم المصير إليه، ويترك ما خالفه من خبر الواحد أو القياس، إذ هذا النقل محقق، وموجب للعلم القطعي، ولا يترك لغيره من النصوص الظنية، ويقال إن هذا النوع هو الذي رجع إليه أبو يوسف الحنفي بعد مناظرته لمالك.. ولعل هذا هو الذي يقول فيه ابن العربي «مهما اختلف الناس في إجماع أهل المدينة من طريق النظر فليس يقدر أحد على اعتراض ما يجتمعون على نقله من طريق الأثر (6). وفيه يقول القاضي عياض : «إن هذا النوع لم يخالفه من غير أهل المدينة إلا من لم يبلغه النقل (7).

وهو الذي يحكي عنه القاضي عبد الوهاب (8) أن ليس فيه خلاف بين المالكية، والذي وافق عليه كثير من أصحاب الشافعي (9).

---

6) انظر القبس ص : 204.

7) المدارك ص : 1/ 49.

8) أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادى فقيه حافظ نظار أديب ولد عام 363 وتوفي 421 هـ أو 422 هـ.

9) المصدر.

وقد رد عياض على المخالفين لهذا النوع بأنه من قبيل الفساد وأنه لا يمكن مقارنته بعمل غيرهم، إذ هذا النقل من العمل، لا يوجد إلا عند أهل المدينة (10).

2 ـ **القسم الثاني** : من طريق الإجتهاد والإستدلال :

وهذا النوع اختلف فيه المالكية أنفسهم.

ذهب جمهورهم إلى أنه ليس بحجة، ولا يرجح به غيره، وفيهم من نفى أن يكون مالك قال به، ولا هو من مذهبه، ولا من أئمة أصحابه.

وذهب بعضهم إلى أنه ليس بحجة، ولكن فيه قوة الترجيح، يرجح على اجتهاد غيرهم، ويروى عياض أن هذا الرأي عليه جماعة من متفقهتهم (11) بل يذكر أن بعض الشافعية يرون هذا الرأي (12).

وذهب البعض الآخر إلى أن هذا النوع حجة، كالنوع الأول وحكوه عن مالك، وبه أخذ الكثير من المغاربة والمشارقة ورأوه مقدما على خبر الواحد والقياس، وإن كان الرأي الأول هو الراجح لدى محققي المالكية..

ومن جهة أخرى نرى أن القاضي عياضا يفصل عمل أهل المدينة مع أخبار الآحاد على ثلاثة أوجه :

أ ـ إما أن يكون مطابقا لها، فهذا آكد في صحتها إن كان من طريق النقل أو ترجيحها إن كان من طريق الإجتهاد بلا خلاف في هذا.

وإن كان مطابقا لخبر يعارضه خبر آخر، كان عملهم مرجحا لخبرهم وهو أقوى ما ترجح به الأخبار إذا تعارضت، ويحكي عياض أن

---

10) المدارك : 1 / 49.

11) المصدر : 1 / 51.

12) المصدر.

هذا القول ذهب إليه أبو إسحاق الأسفرايني ومن تابعه من المحققين من الأصوليين والفقهاء من المالكية وغيرهم (13).

ب - وإن كان مخالفا للأخبار جملة فإن كان إجماعهم من طريق النقل ترك له الخبر بغير خلاف عند المالكية، وعند المحققين من غيرهم ويرى عياض أنه عند التحقيق لا يجب أن يتصور فيه خلاف، ولا يلتفت إلى هذا الخلاف على فرضه، إذ لا يترك القطع واليقين لغلبة الظنون.

وإن كان إجماعهم اجتهادا قدم الخبر عليه عند الجمهور، وفيه خلاف بين المالكية أيضا.

جـ - وإن لم يكن ثم عمل يخالفه النص أو يوافقه، ففي هذه الحالة يجب الرجوع إلى خبر الواحد وقبوله، سواء أكان هذا الخبر نقله المالكية أم نقله غيرهم إذا صح، ولم يعارض، فإن عورض بخبر آخر نقله غير أهل المدينة من أهل الجهات الأخرى، كان ما نقله المدنيون مرجحا عند كثير من المحققين، لمزية مشاهدتهم قرائن الأحوال وتصدرهم لنقل آثار الرسول عليه السلام، ولا سيما وهم الكثرة عن الكثرة، والجم الغفير عن الجم الغفير.

هذا مضمن رأى القاضي عياض في هذا العمل، وتقسيمه له، ونفى أن يكون مالك قال غيره، ورد على ما زعمه الغزالي من أن مالكا قال :

13) المستصفى : 214 تحقيق محمد مصطفى أبو العلا.

لا يعتبر إلا إجماع أهل المدينة دون غيرهم (13) كما رد على أولئك الذين يزعمون أن مالكا يرى إجماع الفقهاء السبعة بالمدينة (14).

ورد على من ذهب إلى أن المالكية لا يقبلون من الأخبار إلا ما صحبه عمل أهل المدينة، ووصف ذلك بالجهل والكذب وأنهم لم يفرقوا بين رد الخبر الذي في مقابل عملهم، وبين مالا يقبل منه إلا ما وافقه عملهم (15).

ويظهر أنه في هذا يرد على ابن حزم، إذ هو الذي يرى هذا الرأي فقد جاء في قوله «ذهب أصحاب مالك إلى أنه لا يجوز العمل بالخبر حتى يصحبه العمل» (16).

ويمكن أن يقال مثل هذا في الرد على أولئك الذين يذهبون إلى أن مالكا يريد بالعمل عمل الصحابة والتابعين فقط، أما من بعدهم فلا، ولا دليل على هذا من كلام مالك أو غيره من الذين يقولون بالعمل.

فبان مما سبق : أن عمل أهل المدينة بوجه عام ثلاثة أنواع :

1 ـ أن يجمعوا على أمر ثم لا يخالفهم غيرهم فيه.

2 ـ أن يجمعوا على أمر ولكن يوجد لهم مخالف من غيرهم، ويرى

---

14) المقصود بالفقهاء السبعة هم : سعيد بن المسيب، وعروة ابن الزبير، والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، وخارجة بن زيد بن ثابت، وسليمان ابن يسار.
انظر هامش المدارك : 1 / 53 تحقيق ابن تاويت الطنجي وهامش المتحول 314 تحقيق محمد حسن هيتو.

15) المدارك : 1/ 53.

16) الأحكام : مجلد 1/ 214.

الحجوى أن هذين النوعين هما اللذان يعبر عنهما مالك بقوله : «السنة التي لا اختلاف فيها عندنا» (17).

3 - ما فيه الخلاف بين أهل المدينة أنفسهم.

فالأول حجة عند الجميع يجب اتباعه.

أما الثاني والثالث : فمحل نزاع بين المالكية وغيرهم، بل أن الخلاف فيهما يوجد بين المالكية أنفسهم، على أن الذي هو حجة عندهم بلا خلاف هو عمل أهل المدينة النقلي لا الإجتهادى كنقلهم الاذان للصبح قبل الفجر، وتثنية الأذان، وإفراد الإقامة.. وهذا النوع لا نظن أن مالكا انفرد بالقول به، بل هو والمجتهدون فيه سواء، ولا اختصاص لأهل المدينة بهذا، فأهل مكة أيضا إذا اتفقوا على شيء كان حجة، كنقلهم لنا تعيين محل الوقوف بعرفة، ومحل رمي الجمار، والمزدلفة.. وأمثال ذلك..

ويوجد في «الأم» للإمام الشافعي احتجاجات بعمل أهل مكة فأهل المدينة أولى بهذا النقل.

ثم إن أهل المدينة إذا اتفقوا على شيء نقلا أو عملا متصلا كان متواترا يحصل به العلم، وينقطع به العذر، ويجب ترك أخبار الأحاد له، لأن المدينة جمعت من الصحابة من يقع العلم بخبرهم فيما أجمعوا عليه (18).

هذا ما يراه المالكية، ونحب أن نوضح قضية ربما أغفلها الكثير ممن تصدوا للكلام عن هذا الموضوع وهو :

أن مالكا في منهجه هذا، واعتماده على عمل أهل المدينة لم يبدأ هو به، فقد رأينا ربيعة الرأى يذكر هذا النهج ويسير عليه، ويقول ألف

---

17) الفكر السامي : 2/ 166.

18) أعلام الموقعين : 2/ 279 والفكر السامي 2/ 166.

عن «ألف خير من واحد عن واحد» وهذا يفهم منه أنه كان يعتبر عمل جمهور أهل المدينة، وأيضا فإن مالكا نفسه يروى أنه «قد كان رجال من أهل العلم والتابعين يحدثون بالأحاديث فيقولون : ما نجهل هذا ولكن مضى العمل على غيره» (19).

وقال : رأيت محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم وكان قاضيا وكان أخوه عبد الله كثير الحديث رجل صدق، فسمعت عبد الله إذا قضى محمد بالقضية قد جاء فيها الحديث مخالفا للقضاء يعاتبه يقول له : ألم يأت في ذلك حديث كذا ؟ فيقول : بلى، فيقول له، فما بالك لا تقضي به ؟ فيقول : فأين الناس عنه ؟ يعني ما أجمع عليه العلماء بالمدينة العمل به أقوى» (20).

وعمر بن عبد العزيز كان يرى هذا الرأي، فقد ثبت أنه كان يجمع فقهاء المدينة يسألهم عن السنن والأقضية التي يعمل بها فيثبتها، ومالا يعمل به الناس يطرحه، بل إن الأخذ بما جرى عليه أهل المدينة كان متبعا حتى على عهد الصحابة، فقديما كان يقال لأبي الدرداء (21) (قاضي عمر بن الخطاب) بلغنا كذا وكذا بخلاف ما تقول فيجيب «وأنا قد سمعته ولكن أدركت العمل على غير ذلك» (22). وكان مالك يقول عن شيخه ابن شهاب «سمعت من ابن شهاب أحاديث كثيرة ما حدثت بها قط قيل له لم ؟ قال ليس عليها العمل» وكان ابن المسيب إذا رأى

---

19) المدارك : 1/ 45.

20) المدارك : 1/ 45.

21) أبو الدرداء عويمر بن زيد الأنصارى الخزرجي الصحابي الزاهد المشهور المتوفي سنة 32 أو 33 هـ.

22) مالك بن أنس ص : 175 لعبد الحليم الجندى : ط : دار المعارف.

أمرا مجمعا عليه بين علماء المدينة عض عليه بالنواجد هو وأصحابه لا يتجاوزونه، وهو الذي يقول فيه مالك في الموطأ «السنة التي لا اختلاف فيها عندنا» أو «وهو الأمر المجمع عليه عندنا» (23).

وسبق أن أشرنا إلى أن عمر بن الخطاب قال على المنبر : «أحرج بالله عز وجل على رجل روى حديثا العمل على خلافه» (24).

هكذا كانت مدرسة المدينة ترى المكانة العليا للعمل طوال القرن الأول إلى عهد مالك بن أنس، وهو منهج فيما نرى معقول، فلقد كان العمل المستمر في التابعين مأخوذا من العمل المستمر في الصحابة، واستمراره فيهم يعني استمراره في عهد رسول الله (ص) أو في قوة المستمر، فقد رأينا أبا الدرداء يجعل القوة للعمل في الثلث الأول من القرن الأول، ثم ينهج نفس المنهج عمر بن عبد العزيز في آخر القرن وفي ابان ازدهار حلقة مالك، وهذا ما يمكننا أن نطلق عليه القضاء المستمر أى العمل المطبق بقوة الدولة في القرنين الأول والثاني، ثم نجد مالكا يتابع النظر نفسه طوال القرن الثاني (25).

فهو لم يبتدع ذلك المنهج ابتداعا، بل سلك في ذلك سبيلا قد سبقه إليه غيره من التابعين وأهل العلم (26) ولكنه اشتهر به هو لأنه :

1 ـ ابتلى بكثرة الإفتاء.

2 ـ وجد في بعض ما أفتى به ما يخالف الخبر الذي رواه هو.

---

23) الفكر السامي : 2 / 90.

24) المدارك : 1 / 45.

25) مالك ابن أنس ص : 180 هامش ـ لعبد الحليم الجندى ـ

26) رأيت في كتاب «اختلاف أصول المذاهب» ص : 119 للقاضي النعمان ابن محمد (259 ـ 351) ومن هؤلاء القائلين بهذا القول (أى عمل أهل المدينة) المدينون بمذهب ابن أيسر ومن قال بقوله من أهل المدينة ولم أتحقق من هو ابن أيسر هذا... ؟

3 ـ كان أشهر من أخذ به فنسب المنهج إليه رغم أنه كان متبعا لا مبتدعا.

المبحث الثاني :

المؤيدون لمبدأ الأخذ بالعمـــل :

أيد هذا المذهب كثير من أهل العلم قديما وحديثا، ورأوا أنه جدير بالأخذ به واعتباره، لأن مالكا فتح بهذا المصدر بابا جديدا من أبواب الإستدلال، واستنباط الأحكام.

يذكر ابن تيمية (27) أن سائر الأمصار كانوا منقادين لعلم أهل المدينة لا يعدون أنفسهم أكفاءهم في العلم، كأهل الشام، ومصر، وأن تعظيمهم لعمل أهل المدينة واتباعهم لمذاهبهم القديمة ظاهر بين، ولهذا ظهر مذهب أهل المدينة في هذه الأمصار فإن أهل مصر صاروا نصرة لقول أهل المدينة.

ومما يوضح ذلك أن العلم إما رواية وإما رأى، وأهل المدينة أصح أهل المدن رواية ورأيا، وأما حديثهم فأصح الأحاديث، وقد اتفق أهل العلم بالحديث، على أن أصح الأحاديث أحاديث أهل المدينة، إذ كانوا يتوفرون على أسانيد متصلة وضبط الألفاظ..

«وأما الفقه والرأى، فقد علم أن أهل المدينة لم يكن فيهم من ابتدع بدعة في أصول الدين مثل ما كان عليه الشأن في غيرها من الأمصار.

«وقد كان خلفاء بني العباس (المنصور، والمهدى، والرشيد) يرجحون علماء الحجاز، وقولهم على علماء أهل العراق، كما كان خلفاء

---

27) شيخ الاسلام ابو العباس احمد بن عبد الحليم امام مجتهد محيي السنة المتوفي عام 728 هـ.

بني أمية يرجحون علماء أهل الحجاز على أهل الشام، وإذا ثبت هذا فلا ريب عند أحد - يقول ابن تيمية - أن مالكا أقوم الناس بمذهب أهل المدينة رواية ورأيا فإنه لم يكن في عصره ولا بعده، أقوم بذلك منه، كان له من المكانة عند أهل الإسلام مالا يخفى على من له بالعلم أدنى إلمام، ولذلك قال الإمام الشافعي «ما تحت أديم السماء كتاب أكثر صوابا بعد كتاب الله من موطأ مالك».

ولما سئل الإمام أحمد عن حديث مالك ورأيه، وحديث غيره ورأيهم رجح حديث مالك ورأيه على حديث أولئك ورأيهم ولهذا كان الإمام البخارى يستفتح الباب بحديث مالك. وهو أظهر عند الخاصة والعامة من رجحان مذهب أهل المدينة على سائر الأمصار» (28).

أما من المحدثين فلعل من العبث أن نحاول عد أسمائهم..

---

28) انظر مجموع فتاوى ابن تيمية : 20 / 312.

الفصل الثالث

العمل من وجهة نظر غير المالكية

المبحث الأول :

استعـــراض الآراء :

لم يسلم هذا المصدر من انتقاد الفقهاء ـ بما فيهم بعض المالكية وفيهم من بالغ في رده وانكاره، مخطئين الآخذين به، معتبرين أن ذلك من باب التشريع الذي لم يأذن به الله والتزيد على شريعة نبيه بعد أن أكمل الله دينه، وبين أصوله، وقرر مبادئه.

ويبدو من خلال أقوال العلماء الذين انتقدوا عمل أهل المدينة ورفضوا الأخذ به، أنهم نظروا إليه من منظور غير المنظور الذي نظر منه المالكية، ومن ثم راحوا يتكلمون عن العمل، كما لو أنهم يتكلمون عن الإجماع، وهذا خلاف ما ذهب إليه محققو المالكية ولذلك جاء كلامهم مناقضا لكلام هؤلاء.

وها نحن نستعرض أهم نظرياتهم وآرائهم ليتضح لنا فهمهم للموضوع وتحليلهم له، ثم نقفي عليها بالمناقشة، مستعرضين رأى كل مذهب من المذاهب الرئيسية مراعين فيها الترتيب التاريخي، فنبدأ برأي الإمام الشافعي التلميذ الأكبر للإمام مالك.

الفـــرع الأول :

رأي الإمام الشافعـــي :

تعرض الإمام الشافعي لعمل أهل المدينة في كتابه : «الأم» وانتقده أشد انتقاد، ورأى أن الإجماع المعتبر هو إجماع العلماء بالفقه في البلدان كلها، وهذا لا يكاد يتحقق..

ومجمل رأى الشافعي منصب على كون المالكية رووا الحديث ولم يعملوا به، فهو يلاحظ تناقضات المالكية فيما يروون، وما يذهبون إليه من العمل.

فلنستمع إليه وهو يتحدث عن ذلك :

«اعلموا أنه لا يجوز أن تقولوا أجمع الناس بالمدينة حتى لا يكون بالمدينة مخالف من أهل العلم، ولكن قولوا فيما اختلفوا فيه اخترنا كذا، ولا تدعوا الإجماع، فتدعوا ما يوجد على ألسنتكم خلافه، فما أعلمه يوخذ على أحد نسب إلى علم أقبح من هذا.. ولا تدعوا الإجماع أبدا إلا فيما لا يوجد بالمدينة فيه اختلاف وهو لا يوجد بالمدينة إلا وجد بجميع البلدان عند أهل العلم متفقين فيه لم يخالف أهل البلدان أهل المدينة إلا ما اختلف فيه أهل المدينة بينهم» (1).

وهكذا يمضي الشافعي معددا الأحاديث التي رواها المالكية وخالفوها مبينا مخالفتهم لكثير مما روى عن أبي بكر وابن عمر، وعثمان وغيرهم.

ثم يتوجه إليهم بقوله : «فقد خالفتم في القراءة في الصلاة، كل ما رويتم عن النبي (ص) ثم أبي بكر، ثم عمر، ثم ابن عمر، ثم عثمان، ولم ترووا شيئا يخالف ما خالفتم عن أحد من الناس علمته، فأين العمل ؟

خالفتموهم من جهتين : جهة التثقيل، وجهة التخفيف، وقد خالفتم بعد النبي (ص) جميع ما رويتم عن الأئمة بالمدينة بلا رواية رويتموها عن أحد منهم، هذا مما يبين ضعف مذهبكم، إذ رويتم هذا ثم خالفتموه، ولم يكن عندكم فيه حجة، فقد خالفتم الأئمة والعمل وأنه لا خلاف أشد

---

1) الأم : 7/ 188.

خلافا لأهل المدينة منكم، ثم خلافكم ما رويتم عن رسول الله (ص) الذي فرض طاعته، وما رويتم عن الأئمة الذين لا تجدون مثلهم، فلو قال لكم قائل : أنتم أشد معاندة لأهل المدينة وجد السبيل إلى أن يقول ذلك لكم، على لسانكم، لا تقدرون على دفعه عنكم، ثم الحجة عليكم في خلافكم أعظم منها على غيركم، لأنكم ادعيتم القيام بعملهم واتباعهم دون غيركم، ثم خالفتموهم بأكثر مما خالفهم به من لم يدع من اتباعهم ما ادعيتم، فلئن كان هذا خفي عليكم من أنفسكم أن فيكم لغفلة، ما يجوز لكم معها أن تفتوا خلقا والله المستعان، وأراكم قد تكلفتم الفتيا، وتطاولتم على غيركم ممن هو أقصد وأحسن مذهبا منكم» (2).

ويقول : إن ادعاء الإجماع بالمدينة وفي غيرها لا يجوز أن يكون، وفي القول الذي ادعوا فيه الإجماع اختلاف، وأكثر ما قالوا الأمر المجتمع عليه مختلف فيه، ولا ينبغي لهم أن يدعوا الإجماع إلا فيما لا يوجد بالمدينة فيه اختلاف، وهذا لا يوجد بالمدينة إلا وجد بجميع البلدان عند أهل العلم متفقين فيه، لم يخالف أهل البلدان أهل المدينة» (3).

وظاهر أن الشافعي يرد عمل أهل المدينة لأمرين :

الأول : أن الأمر المجتمع عليه عنده ليس هو إجماع بلد بل إجماع العلماء في كل البلاد.

الثانـي : أن المسائل التي ادعي فيها اجماع أهل المدينة عليها كان من أهل المدينة من يرى خلافها، ومن عامة البلدان من يخالفها..

والشافعي هنا لا يفرق بين إجماع أهل المدينة كما فعله بعضهم من حيث النقل والحكاية، أو من حيث الرأي والإجتهاد فهو لا يراه حجة

2) الأم : 7/ 188 ـ 193.

3) الأم : 7/ 188.

سواء ثبت من طريق النقل أو عن طريق الحكاية. وهو بذلك يخالف شيخه مالكا. ويشدد النكير على أصحابه في ذلك ويبين لهم أن كل قضية تمسكوا فيها بإجماع أهل المدينة هم مختلفون في ذلك. بل يغالي في ذلك ويذكر أن الأكثر من أهل المدينة مختلفون في ذلك (4).

ولكن الشافعي الذي وقف هذا الموقف يقرر أن علماء المدينة إذا اجتمعوا على أمر كان ذلك الأمر موضع اتفاق العلماء في كل البلدان ومن جهة أخرى فقد كان ينظر إلى آراء أهل المدينة نظرة تقدير وإكبار، وأنه كان يوصي بالأخذ بأقوالهم. فقد جاء في مناقب الشافعي للرازى ما يلي : «روى البيهقي (5) بإسناده عن يونس ابن عبد الأعلى قال : ناظرت الشافعي (ض) في شيء فقال والله ما أقول لك إلا نصحا، إذا وجدت أهل المدينة على شيء فلا يدخل في قلبك شك أنه الحق، وكل ما جاءك قوي كل القوة، ولكنك لم تجد له بالمدينة أصلا وإن ضعف فلا تعبأ به ولا تلتفت إليه. ولا شك أن من صدر عنه هذا الكلام كان يرى الأخذ برأي أهل المدينة، لأنه يعتبر رأي أهل المدينة هو الحق، وإن كل قول ولو كان قويا لم يكن له أصل بالمدينة لا يعبأ به. بل إن الشافعي يقرر أنه لم يجتمع أهل المدينة على أمر إلا إذا كان ذلك الأمر موضع اجتماع العلماء في كل البلاد. وأصرح من هذا أن الشافعي رحمه الله قال : «إن عمل أهل المدينة أحب إلي من القياس» (6) فهل معنى هذا أن الشافعي كان يأخذ بعمل أهل المدينة أولا ثم غير رأيه فيه ؟ أم أن موقفه هذا يذكرنا بقولة القاضي أبي بكر ابن العربي

4) انظر الام : 7 / 193.

5) البيهقي : أحمد بن الحسين الحافظ صاحب السنن الكبرى وغيرها المتوفي سنة 458 هـ

6) ترتيب المدارك : 1 / 58.

في حقه «وددنا أن الشافعي لم يتكلم في هذه المسألة، فكل مسألة له، ففيها إشكال عظيم» (7).

الفــرع الثانـــي :

رأي السرخســـــي :

لا يختلف رأي السرخسي عن رأي غيره في العمل، فهو يرفض الأخذ بما جرى به عمل أهل المدينة بعد وفاة رسول الله (ص) مصرحا بأن هذا العمل «إن كان مراد القائل أهلها الذين كانوا في عهد رسول الله (ص) فهذا لا ينازع فيه أحد، وإن كان المراد أهلها في كل عصر، فهو قول باطل، لأنه ليس في بقعة من البقاع اليوم في دار الإسلام قوم هم أقل علما وأظهر جهلا، وأبعد عن أسباب الخير، من الذين هم بالمدينة فكيف يستجاز القول بأنه لا إجماع في أحكام الدين إلا إجماعهم، والمراد بالآثار : حال المدينة في عهد رسول الله (ص) حيث كانت الهجرة فريضة، كان المسلمون يجتمعون فيها، وأهل الخبث والردة لا يقرون فيها..» (8).

الفــرع الثالـــث :

رأي ابن حـــزم :

لعل العلامة ابن حزم كان أشد الناس انتقادا لعمل أهل المدينة، فهو يذكر أن العمل بالمدينة قبل مولد مالك بثلاث وعشرين سنة، لم

---

7) أحكام القرآن : 1/ 2.

8) أصول السرخسي : 1/ 314.

يجر إلا بالظلم والجور والفسق، ولا وليهم إلا الفساق من عمال بني مروان ثم عمال بني العباس..

«ولقد كان التغيير بدأ في السنن من قبل ما ذكرنا، كقول مروان ذهب ما هنالك» (9).

ويذكر أن الشكوى قد فشت بالعمال وتعديهم في المدينة في أيام الصحابة رضوان الله عليهم، ولهذه الأسباب وغيرها يثبت بطلان قول من يدعي حجة بعمل أهل المدينة (10) بل يراه في غاية الفساد، ذاهبا إلى أن القائلين به، احتجوا بأحاديث منها ما هو مكذوب، ومنها ما هو حسن، وكل ما احتجوا به ـ في نظره ـ لا حجة فيه، وأن مكة أفضل البلاد وليس ذلك بموجب لإتباع أهلها دون غيرهم، ولا أن إجماعهم إجماع دون غيرهم، ولا أنهم حجة على غيرهم (11).

وتحامل بشدة على من يرى أن أهل المدينة كانوا أعلم بأحكام رسول الله (ص) من سواهم، واتهمهم بالكذب والباطل، وأن الحق في ذلك، هو أن أصحاب رسول الله (ص) هم العالمون بأحكامه (ص) سواء من وجد منهم بالمدينة أو من خرج منها، ولم يزد بقاء الباقي في المدينة في علم من بقي بها..

ويصف ما ذهبوا إليه من أن أهل المدينة شهدوا آخر حكمه عليه السلام، وعلموا ما نسخ مما لم ينسخ، بأنه تمويه فاحش، وكذب ظاهر، وأن الكل في ذلك سواء المقيم في المدينة والخارج منها.

---

9) الأحكام : 2/ 854.

10) نفس المصدر.

11) الأحكام : 1/ 552.

وهكذا يقف من قولهم، إن من المحال أن يخفى حكم رسول الله (ص) على أكثرهم وهم الباقون بالمدينة، ويعلمه الأقل وهم الخارجون عنها، واصفا ذلك بأنه تمويه وشغب غث.

ثم يتعجب منهم من كونهم يموهون بإجماع أهل المدينة، ثم لا يحصلون إلا على رأي مالك وحده، ولا يأخذون بسواه وهم أترك الناس لأقوال أهل المدينة كعمر، وابن عمر، وعائشة، وعثمان، وسعيد بن المسيب وغيرهم.. وأنهم تركوا عمل أهل المدينة في كثير من المسائل..

ثم يخلص إلى أن هذا لا يجوز تقليدا لخطأ مالك !! في ذلك، ولا سبيل إلى أن يوجد عمل لأهل المدينة أعم من هذا متعجبا من الإمام مالك إذ لم يدع إجماع أهل المدينة إلا في نيف وأربعين مسألة، وفيها مع ذلك خلاف.

ثم ينتقل إلى إبطال ترجيح الحديث بعمل أهل المدينة وإبطال الإحتجاج بعملهم أيضا، ويصف ذلك بأنه من أفسد قول وأشده سقوطا، ذاكرا أن الذين يقولون بهذا العمل لا يعرفون عمل من يريدون..

وقد تتبع الأحاديث التي رواها المالكية ولم يعملوا بها، وقدموا العمل عليها، مع أنها رويت في الموطأ، ومن هذه الأحاديث أنهم رووا أن آخر عمله (ص) كان الإفطار في رمضان في السفر والنهي عن صيامه فقالوا : الصوم أفضل، وكان آخر عمله (ص) الصلاة بالناس جالسا وهم أصحاء وراءه، إما جلوس ـ على قول الظاهرية ـ أو قيام على مذهب غيرهم، مع أنهم يذهبون إلى أن من صلى كذلك فصلاته باطلة (12).

---

12) الأحكام : 1/ 217.

ورووا في الموطأ أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا اغتسل من الجنابة أفاض الماء على جسده (13) فقالوا : إن ذلك باطل حتى يتدلك ورووا أنه (ص) كان يرفع يديه في الصلاة إذا ركع، وإذا وقع فقالوا ليس عليه العمل، كما رووا أنه عليه السلام قرأ بالطور في المغرب وبالمرسلات، وكان ذلك في آخر عمره (ص) فقالوا ليس عليه العمل، ورووا أنه (ص) كان إذا أم الناس فأتم أم القرآن، قال آمين فقالوا : ليس عليه العمل.. إلى غيرها من الروايات التي رووها عن رسول الله (ص) ولم يعملوا بها، ويؤكد ابن حزم أنها من آخر عمله، إما كلها أو جلها، وهي من رواية الموطأ خاصة..

ويقول انه لو تتبع ذلك من رواية غيرهم لبلغ أضعاف ما ذكره (14) وبهذا يبطل ـ على رأيه ـ ما ادعوه من اتباع عمل النبي (ص) ويثبت بذلك أنهم أترك الناس لعمل نبي الله (ص) ثم لآخر عمله ولعمل الأئمة بعده.

ولم يقف ابن حزم عند هذا، بل عدد عليهم مخالفتهم للأئمة أبي بكر وعمر وعثمان، ويذكر أنهم رووا في الموطأ عن أبي بكر عشر قضايا خالفوه في ثمانية منها (15).

فقد رووا عنه أنه صلى بالبقرة في ركعتين ووراءه الأنصار والمهاجرون من أهل المدينة فقالوا : ليس عليه العمل، فخالفوا بذلك عمل الخليفة الأول.

---

13) تنوير الحوالك : 1/ 64.

14) الأحكام : 1/ 221.

15) المصدر : 1/ 222.

وهكذا يعدد عليهم كل ما خالفوا فيه أبا بكر، كما بين مخالفتهم لعمر بن الخطاب (ض) بما رووا عنه أنه قرأ في صلاة الصبح بسورة الحج وسورة يوسف، ووراءه أهل المدينة من المهاجرين والأنصار فقالوا : ليس عليه العمل، كما رووا عنه أنه سجد في الحج سجدتين وقالوا ليس عليه العمل.

ورووا عنه أنه قال : لا حكرة في سوقنا، فقالوا : لا بأس بالحكرة في السوق.. إلى غيرها من القضايا التي خالفوا فيها عمر..

ثم ينتقل إلى توضيح ما خالفوا فيه عثمان فيذكر أنهم رووا عنه أنه كان يصلي الجمعة، ثم ينصرف وما للجدران ظل، فقالوا : ليس عليه العمل. ورووا عنه أنه كان يغطي وجهه وهو محرم فقالوا ليس عليه العمل، ولا يغطي المحرم وجهه.. إلى غير ذلك..

ثم يذكر أنهم خالفوا عمل عائشة وابن عمر، وسائر الصحابة بالمدينة دون استثناء، كما خالفوا سائر فقهاء المدينة كسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار (16) مثلا، وبهذا يصح تركهم لعمل كل من له عمل يمكن أن يراعى أو يقتدى به، وصح بذلك أنهم لا يدرون هذا العمل ما هو ؟ ولا لمن هو ؟

وبذلك يسقط احتجاجهم بعمل أهل المدينة سواء كان هذا العمل الذي يذكرون حدث على عهد الرسول أو عهد الصحابة أو التابعين فليس هناك عمل إلا النصوص، وأنه لا حجة في عمل أحد دون رسول الله (17).

---

16) أبو أيوب سليمان بن يسار أحد الفقهاء السبعة بالمدينة توفي سنة 107 هـ وقيل 100 وقيل 94 انظر وفيات الأعيان : 2/ 399.

17) المحلى : 1/ 55.

هكذا وقف ابن حزم من عمل أهل المدينة، وهو في هذا لم يضف شيئا إلى ما قاله الشافعي وإنما تبنى رأيه وأسلوبه...

الفـــرع الرابـــع :

رأي الغزالـــي :

تعرض الغزالي في المستصفى لعمل أهل المدينة فانتقده زاعما أن مالكا يقول : «الحجة في إجماع أهل المدينة فقط» (18).

ثم يوضح رأيه في ذلك قائلا : «فإن أراد مالك أن المدينة هي الجامعة لهم فمسلم له ذلك، لو جمعت، وعند ذلك لا يكون للمكان فيه تأثير، وليس ذلك بمسلم، بل لم تجمع المدينة جميع العلماء لا قبل الهجرة ولا بعدها، بل ما زالوا متفرقين في الأسفار والغزوات والأمصار. فلا وجه لكلام مالك إلا أن يقول عمل أهل المدينة حجة لأنهم الأكثرون، والعبرة بقول الأكثرين وقد أفسدناه، أو يقول : يدل اتفاقهم في قول أو عمل، أنهم استندوا إلى سماع قاطع، فإن الوحي الناسخ نزل فيهم، فلا تشذ عنهم مدارك الشريعة، وهذا تحكم، إذ لا يستحيل أن يسمع غيرهم حديثا من رسول الله (ص) في سفر أو في المدينة لكن يخرج منها قبل نقله. فالحجة في الإجماع، ولا إجماع.. وربما احتجوا بثناء رسول الله (ص) على أهلها وذلك يدل على فضيلتهم، وكثرة ثوابهم لسكناهم المدينة ولا يدل على تخصيص الإجماع بهم..» (19).

---

18) المستصفى ص : 214 تحقيق محمد مصطفى أبو العلا.

19) المستصفى : 214.

إلا أن حجة الإسلام الذي أنكر عمل أهل المدينة مطلقا عاد فذكر في نفس الكتاب أن أهل المدينة إذا أخبروا عن رسول الله (ص) حصل العلم (20) وقال : إن «الخبر إذا كان على وفق عمل أهل المدينة فهو أقوى، لأن ما رآه مالك رحمه الله حجة وإجماعا، إن لم يصح حجة فيصلح للترجيح لأن المدينة دار الهجرة، ومهبط الوحي الناسخ فيبعد أن ينطوى عليهم» (21).

وأيضا فإن ما قاله في المستصفى يختلف عما نقله في المنخول إذ يذكر في هذا الأخير أن الإجماع الذي قصده الإمام مالك هو عمل الفقهاء السبعة قال : «صار مالك (ض) إلى أن الإجماع يحصل بقول الفقهاء السبعة وهم فقهاء المدينة ولا نبالي بخلاف غيرهم، وقدم أيضا مذهبهم على النص» (22).

وكلام الغزالي هذا ظاهر التناقض فبعد أن قال لا وجه لكلام مالك عاد فأثبت أن الخبر إذا كان على وفق عمل أهل المدينة فهو أقوى، وهو بموقفه هذا شبيه بموقف الإمام الشافعي.

الفـــرع الخامـــــس :

رأي الآمـــــدى :

يرى سيف الدين الآمدى أن الأكثرين اتفقوا على أن إجماع أهل المدينة وحدهم لا يكون حجة على من خالفهم في حالة انعقاد إجماعهم خلافا لمالك، فإنه قال يكون حجة، ومن أصحابه من قال : إنما أراد

---

20) المرجع ص : 163.

21) المرجع ص : 524.

22) المنخول ص : 314.

بذلك ترجيح روايتهم على رواية غيرهم، ومنهم من قال : أراد به أن يكون إجماعهم أولى، ولا تمتنع مخالفته، ومنهم من قال : أراد به أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم..

«والمختار مذهب الأكثرين، وذلك أن الأدلة الدالة على كون الإجماع حجة متناولة لأهل المدينة والخارج عن أهلها، وبدونه لا يكونون كل الأمة، ولا كل المومنين، فلا يكون إجماعهم حجة» (23).

وهكذا يمضي في انكار هذا العمل الذي هو في رأيه إجماع رادا على الأدلة التي استند إليها من احتج لعمل أهل المدينة..

الفـــرع الســـــادس :

رأي ابن تيميـــــــة :

يقسم ابن تيمية «إجماع» أهل المدينة إلى أربع مراتب :

المرتبة الأولـــى : ما يجري مجرى النقل عن النبي (ص) مثل نقلهم لمقدار الصاع والمد، وترك صدقة الخضراوات والأحباس، فهذا مما هو حجة باتفاق العلماء، ويرى أن الشافعي وأحمد وأصحابهما يعتبرون هذا بلا نزاع، بل هو مذهب جميع الأئمة.

المرتبة الثانيـــة : العمل القديم بالمدينة قبل مقتل عثمان فهذا حجة في مذهب مالك، وهو المنصوص عن الشافعي ولا يعلم لأهل المدينة عمل قديم على عهد الخلفاء الراشدين مخالف لسنة رسول الله (ص).

---

23) الأحكام : 1/ 349.

المرتبة الثالثة : إذا تعارض في المسألة دليلان كحديثين وقياسين جهل أيهما أرجح، وأحدهما يعمل به أهل المدينة، ففيه نزاع، فمذهب مالك والشافعي أنه يرجح بعمل أهل المدينة، ومذهب أبي حنيفة، أنه لا يرجح بعمل أهل المدينة، ولأصحاب أحمد وجهان :

الصواب أنه يرجح عنده، استنادا إلى قوله : «إذا روى أهل المدينة حديثا وعملوا به فهو الغاية»، وكان يفتي على مذهب أهل المدينة ويقدمه على مذهب أهل العراق..

فهذه مذاهب جمهور الأئمة، توافق مذهب مالك في الترجيح لأقوال أهل المدينة (24).

المرتبة الرابعة : هي العمل المتأخر بالمدينة هل هو حجة شرعية يجب اعتبارها أم لا ؟

فالذي عليه أئمة الناس أنه ليس بحجة شرعية، وهذا مذهب الشافعي وأحمد وأبو حنيفة وغيرهم، وهو قول المحققين من أصحاب مالك، كما ذكر ذلك القاضي عياض عن القاضي عبد الوهاب في كتابه أصول الفقه، ذكر أن هذا ليس إجماعا، ولا حجة عند المحققين من أصحاب مالك، وربما جعله حجة بعض أهل المغرب من أصحابه وليس معه للأئمة نص ولا دليل (25).

وقد قال في هذا النوع «لم أر في كلام مالك ما يوجب جعل هذا حجة، وهو في الموطأ إنما يذكر الأصل المجمع عليه عندهم فهو يحكي مذهبهم ثم يقول بعد كلام...«وإذا تبين إجماع أهل المدينة تفاوتت فيه

---

24) مجموع فتاوى ابن تيمية 20 / 304.

25) مجموع فتاوى ابن تيمية : 20 / 304.

مذاهب جمهور الأئمة، علم بذلك أن قولهم أصح أقوال أهل الأمصار رواية ورأيا، وأنه تارة يكون حجة قطعية وتارة قوية، وتارة مرجحا للدليل، إذ ليست هذه الخاصية لشيء من أمصار المسلمين، ومعلوم أن من كان بالمدينة من الصحابة هم خيار الصحابة إذ لم يخرج منها أحد قبل الفتنة إلا وأقام بها من هو أفضل منه.. (26).

الفـرع السابـع :

رأي ابن القيـم :

يذهب ابن القيم (27) إلى أن عمل أهل المدينة كعمل غيرهم، من أهل الأمصار، فمن كانت السنة معهم فهم أهل العمل المتبع وإذا اختلف علماء المسلمين لم يكن عمل بعضهم حجة على بعض، وإنما الحجة اتباع السنة، ولا تترك السنة لكون عمل بعض المسلمين على خلافها، أو عمل بها غيرهم، ولو ساغ ترك السنة لعمل بعض الأئمة على خلافها لتركت السنن وصارت تبعا لغيرها، فإن عمل بها ذلك الغير عمل بها، وإلا فلا.

والسنة هي العيار على العمل، وليس العمل عيارا على السنة ولم تضمن لنا العصمة قط في عمل مصر من الأمصار دون سائرها والجدران والمساكن لا تأثير لها في ترجيح الأقوال، وإنما التأثير لأهلها وسكانها، ومعلوم أن أصحاب رسول الله (ص) شاهدوا التنزيل، وعرفوا التأويل، وظفروا من العلم بما لم يظفر به من بعدهم، فهم المقدمون في العلم على من سواهم كما هم المقدمون في الفضل والدين، وعملهم هو العمل

---

26) نفس المصدر.

27) ابن القيم : أبو عبد الله شمس الدين عمر بن أبي بكر إمام محقق صاحب التآليف النافعة المتوفي 751 هـ

الذي لا يخالف وقد انتقل أكثرهم عن المدينة، وتفرقوا في الأمصار، بل أكثر علمائهم صار إلى الكوفة والبصرة والشام مثل : علي وابن مسعود، وأبي موسى الأشعرى وعبادة وأبي الدرداء، وعمرو بن العاصي، ومعاوية فكيف يكون عمل هؤلاء معتبرا ماداموا في المدينة، فإذا خالفوا غيرهم لم يكن عمل من خالفوه معتبرا، وإذا فارقوا جدران المدينة كان عمل من بقي فيها هو المعتبر، ولم يكن خلاف من انتقل عنها معتبرا هذا هو الممتنع، وليس جعل الباقين معتبرا أولى من جعل عمل المفارقين معتبرا، فإن الوحي قد انقطع بعد رسول الله (ص) ولم يبق إلا كتاب الله، أو سنة رسوله، فمن كانت السنة معه، فعمله هو العمل المعتبر حقا، وكيف تترك السنة المعصومة لعمل غير معصوم ومن المعلوم أن العمل لا يقابل النص، بل يقابل العمل بالعمل ويسلم النص عن المعارض (28).

وهكذا يمضي في القول إلى أن يقسم عمل أهل المدينة إلى ثلاثة أقسام :

1 ـ قسم لا يعلم أن أهل المدينة خالفهم فيه غيرهم.

2 ـ وقسم خالف فيه أهل المدينة غيرهم، وإن لم يعلم اختلافهم فيه.

3 ـ وقسم فيه الخلاف بين أهل المدينة أنفسهم (29).

ثم بين أن ما عليه العمل إما أن يراد به القسم الأول، أو هو والثاني، أو هما والثالث، فإن أريد الأول، فلا ريب أنه حجة يجب اتباعه، وإن أريد الثاني والثالث فلا دليل عليه (30). ثم هو بعد ذلك يقع فيما وقع فيه الغزالي، إذ هو في الطرق الحكمية لا يلتزم بهذا التقسيم، بل

28) أعلام الموقعين : 2 / 295.

29) أعلام الموقعين : 2 / 297.

30) المصدر السابق.

يرى أن ما عليه أهل المدينة أصح وأصوب، وأن قولهم هو الحق الذي يدين الله به ولا يعتقد سواه (31) وأنه من أسد المذاهب وأصحها (32) وأن مذهب مالك وأصحابه وأهل المدينة هو الصواب (33).

هذه خلاصة لوجهة نظر غير المالكية (34) في العمل، ونحب أن نذكر أن بعض المالكية ساروا في هذا الإتجاه، فابن رشد (الحفيد) (35) يقرر أن الأصل «الذي هو العمل يكون دليلا شرعيا فيه نظر، فإن متقدمي المالكية كانوا يقولون إنه من باب الإجماع، وذلك لا وجه له، والعمل إنما هو فعل، والفعل لا يفيد التواتر، إلا أن يقترن بالقول، فإن التواتر طريق الخبر لا العمل، وبأن فعل الأفعال تفيد التواتر عسير، بل لعله ممنوع» (36).

وقد ورد في «الضياء اللامع» أن اجماع أهل المدينة ليس بحجة على الصحيح» (37).

المبحث الثانـــي :

سبب ردهم العمـــل :

يتبين من خلال الأقوال التي استعرضناها، أن هؤلاء المنتقدين للعمل يرفضون الأخذ به لسببين :

---

31) الطرق الحكيمة ص : 23.

32) الطرق الحكمية ص : 102.

33) نفس المرجع ص : 35.

34) لم ندرج هنا رأي الإمام الليث بن سعد لأنه مشهور وموضح في رسالته التي رد بها على الإمام مالك، ونحيل القارىء عليها في «أعلام الموقعين» ج : 3 ص : 72.

35) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد الفقيه الفيلسوف ولد سنة 520 وتوفي سنة 595 هـ.

36) بداية المجتهد : 1/ 136.

37) الضياء اللامع : 2/ 238 ط. ف على هامش نشر البنود.

أ ـ للمحدثات التي حدثت في المدينة بعد وفاة رسول الله (ص) وهذا كاف في رده وعدم الأخذ به كدليل..

ب ـ للأحاديث التي رواها الإمام مالك نفسه ولم يعمل بها ورأى العمل على خلافها.

فعن النقطة الأولى : يذكرون أن الأحوال قد تغيرت عما كانت عليه زمن الخلفاء الأربعة في أكثر الأشياء، بل حدث فيها الفساد حتى في عصرهم ودخلها كثير من التبديل والتغيير كما نقلنا عن ابن حزم سابقا.. وهم يستدلون على ذلك ببعض الأقوال رويت عن السلف منها : ما ذكره أبو الدرداء قال : لو خرج رسول الله (ص) عليكم ما عرف شيئا مما كان عليه هو وأصحابه، إلا الصلاة» قال الأوزاعي، فكيف لو كان اليوم ؟ (38).

وما روى عن أم الدرداء قالت : «دخل أبو الدرداء وهو غضبان فقلت ما أغضبك ؟ فقال : والله ما أعرف فيهم شيئا من أمر محمد (ص) إلا أنهم يصلون جميعا (39)، وعن أنس بن مالك قال : ما أعرف منكم ما كنت أعهده على عهد رسول الله (ص) غير قولكم لا إله إلا الله، قلنا بلى يا أبا حمزة قال : قد صليتم حين تغرب الشمس، أفكانت تلك صلاة رسول الله (ص).

وعن أنس (40) قال : لو أن رجلا أدرك السلف الأول ثم بعث اليوم ما عرف من الإسلام شيئا، قال : ووضع يده على خده ثم قال : إلا هذه

---

38) الاعتصام : 1/26 تحقيق الشيخ محمد رشيد رضا.

39) مسند الإمام أحمد : 6/ 443.

40) أنس بن مالك الصحابي الجليل خادم رسول الله (ص) المتوفى سنة 93 هـ انظر شرف الطالب ص : 24.

الصلاة. ثم قال : أما والله على ذلك لمن عاش في هذا النكر ولم يدرك ذلك السلف الصالح فرأى مبتدعا يدعو إلى بدعته ورأى صاحب دنيا يدعو إلى دنياه فعصمه الله من ذلك وجعل قلبه يحن إلى ذلك السلف الصالح يسأل عن سبيلهم، ويقتفي آثارهم، ويتبع سبيلهم ليعوض أجرا عظيما..

وعن ميمون بن مهران (41) قال : لو أن رجلا أنشر فيكم من السلف ما عرف غير هذه القبلة..

وعن أبي هريرة قال : ثلاث كان رسول الله (ص) يعمل بهن تركهن الناس كان يرفع يديه في الصلاة مدا ويسكت هنيهة ويكبر إذا سجد وإذا رفع».

ونقل عن إمام الحرمين (42) أنه قال : «لو اطلع مطلع على ما كان يجرى بين لابتيها من المخازى لقضى العجب.. إلى ما أشبه هذا من الآثار الدالة على أن المحدثات قد دخلت المدينة، وبذلك لا يصح الإستناد إلى هذا العمل، فالناس تركوا بعض السنن وقت الصحابة، فينبغي الإعتماد على الأحاديث (43).

وأما عن النقطة الثانية وهي : الأحاديث التي رواها مالك وأصحابه ولم يعملوا بها، فهي نقطة ثانية يأخذونها على من انتصر لعمل أهل المدينة، لأنهم يروون الأحاديث ولا يعملون بها، مع أنها ثبتت من آخر فعل النبي (ص) ولا يظن أنها نسخت بشيء، بل يذهبون إلى أبعد من

---

41) ميمون بن مهران المتوفى سنة 117 هـ انظر شرف الطالب ص : 30.

42) أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني الشافعي المعروف بإمام الحرمين ولد عام 419 وتوفي سنة 478 هـ.

43) الصوارم والأسنة ص : 106 ط : وزارة أوقاف المغرب.

هذا فيصفون أن أهل المدينة كانوا أترك الناس لعمله عليه السلام، بل لآخر عمله، وهذا من شأنه أن يضعف هذا العمل..

المبحـــث الثالـــث :

مناقشة هـذه الآراء :

على الرغم من أن هذا الإنتقاد الموجه إلى الذين يرون الأخذ بما جرى به عمل أهل المدينة يبدو وجيها في الجملة، إلا أنه غير صحيح بإطلاق كما أنه لا يقوى على ابطال ما ذهب إليه القائلون بحجية العمل واعتباره وذلك لأسباب :

1 ـ بالنسبة لما ذهبوا إليه من أن الأحوال قد تغيرت في المدينة عما كانت عليه زمن الرسول والصحابة بعده في أكثر الأشياء، وحدث الفساد في عصرهم، ودخلها كثير من التبديل والتغيير، فليس في هذا حجة على الإطلاق وهو باطل من وجوه :

أ ـ إن الإختلاف فيما يرجع للعمل في الأحكام الشرعية، لم يقع كثيرا إلا في مسائل تبدلت الأحكام فيها لاجتهاد بعض الخلفاء الراشدين..

ب ـ ومعلوم أن اجتهاد الخلفاء الراشدين من قبيل السنة الواجب العمل بها..

جـ ـ إن مالكا لا يقول بالإستدلال بالعمل إذا كان مخالفا للمروى الثابت عن رسول الله (ص) لأنه هو القائل.. كل كلام فيه مقبول ومردود إلا كلام صاحب هذا القبر وهو القائل أيضا : «إنما أنا بشر أخطيء

وأصيب فانظروا ما في رأيي وما وافق الكتاب والسنة فخذوا به، وما لم يوافق الكتاب والسنة من ذلك فاتركوه» (44).

ولكنه يرى أن عمل أهل المدينة في عهده في مسألة مختلف فيها أو تضاربت الأدلة في شأنها، يرفع الخلاف عنده، ويوجب لديه اختيار القول به على غيره من المذاهب..

د ـ لا وجه إطلاقا للإعتراض عليه بالبدع المحدثة من بعد رسول الله (ص) أو الخلفاء الراشدين بعده، فهو أدرى الناس بأن ما يدخل في مدلول البدعة الشرعية، لا يعتبر عمل أهل المدينة.

هـ ـ إن شهادة الناس لمالك بالعلم والصلاح والوقوف مع السنة يقتضي أن لا يقول بعمل ويحتج به، وهو مبني على البدع، وقائم على ما يصادم السنة، وكل ما استدل به من العمل ـ فيما نرى ـ هو ذلك العمل الذي يعضد السنة ولا يخالفها، وسنرى فيما بعد ما مقصود الإمام بهذا العمل.

و ـ إن مالكا لا يقول إن هذا العمل لا يجوز العمل بخلافه، ولكنه من جملة المرجحات عنده، حتى إذا تضاربت الأقوال، واختلفت الآراء يختار القول بعمل أهل المدينة، لأن لهم شيئا زائدا، وهو جريان أحكامهم في عصر أبعد عن الهوى، وأقرب إلى الحق.

ز ـ ثم بعد هذا لا ننكر أن المحدثات قد حدثت كما تحدث في كل زمان وفي كل مكان، وقد كانت تحدث في عهد رسول الله (ص) وتبلغه، فيقوم منها ما اعوج، ويتغاضى عما لا خطر فيه، ولا يصطدم بأصل من أصول التشريع ولا شك أن عصر مالك كان أقرب ما يكون

---

44) ترتيب المدارك : 1 / 182.

إلى عهد الصحابة، والدين غض طرى، والناس أقرب ما يكونون إلى الخير، وأبعد ما يكونون من الفساد فإن صدرت من بعض الناس هفوة أو هفوات فتبقى قلة، وهي لا تؤثر، هذا إذا سلمنا أن هذه المحدثات ناقضت أسس الدين ومبادئه.

2 - وأما بالنسبة للأحاديث المروية في الموطأ وغيره، والتي يظهر أن مالكا لم يأخذ بها ولم يعمل على وفقها، فيرجع ذلك إلى أشياء منها :

أ - إن مخالفة مالك للحديث لا يكون إلا عن مستند صحيح ظهر له، لأنه خبير بالصحيح منه والسقيم، وهذا بشهادة الناس له - المخالف له والموافق - فقد أطبقوا على أن «مالكا إمام»، «وعالم أهل الحجاز»، «ومالك حجة في زمانه»، «ومالك سراج الأمة»، وإذا ذكر العلماء، فمالك النجم الثاقب «ولم يبلغ أحد مبلغه في العلم»، بل قالوا في حقه : «إنه لم يبق على وجه الأرض أعلم بسنة ماضية ولا باقية منه، وهو إمام في الحديث والفقه، وما بقي على وجه الأرض آمن على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم من مالك، وهو أمير المومنين في الحديث وكان من أشد الناس انتقادا للرجال، وكان لا يبلغ من الأحاديث إلا ما كان صحيحا ولا يحدث إلا عن ثقة إلى غيرها من الأقوال التي قيلت في حقه والأوصاف التي وصفوه بها.. وقد أتى القاضي عياض على جملة وافرة منها في المدارك، وذكر غيره أمثالها، ورجل بهذه الأوصاف يستبعد أن تصدر عنه هذه المخالفة للسنة.

ب - إن هذه الأحاديث التي رواها مالك ولم يعمل بها، يصح أن يكون وجد رواية أخرى أصح منها وأوثق سندا ومتنا، وإذا اختلفت الروايات فما اختاره أهل المدينة يكون مرجحا على غيره.

روى الحافظ ابن عبد البر في كتاب «بيان العم وفضله» ردا على الليث ابن سعد فيما ذهب إليه من أنه أحصى على مالك بن أنس سبعين مسألة كلها مخالفة لسنة النبي (ص) مما قال مالك فيها برأيه - ما يلي : «ليس لأحد من علماء الأمة يثبت حديثا عن النبي (ص) ثم يرده دون ادعاء نسخ عليه بأثر مثله أو اجماع أو بعمل يجب على أصله الإنقياد إليه، أو طعن في سنده، ولو فعل ذلك لسقطت عدالته فضلا عن أن يتخذ إماما ولزمه اثم الفسق» (45).

فابن عبد البر هنا يستبعد صدور المخالفة من مالك للحديث الذي يرويه ثم يعمل بخلافه دون أن يكون له سند يعتمد عليه من نسخ أو ترجيح أو غيرهما.

يقول الإمام مالك : «ما رواه الناس مثل ما رويناه، فنحن وهم سواء وما خلفناهم فيه نحن أعلم به منهم» (46).

جـ - إن مالكا له سند من التابعين فيما ذهب إليه، فهو القائل : «كان رجال من التابعين تبلغهم عن غيرهم أحاديث فيقولون ما نجهل هذا، ولكن مضى العمل على خلافه» (47).

وما روى عن محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم لما قيل له : لم لا تقضي بالحديث ؟ فقال : فأين الناس عنه ؟ (48).

د - ثم هو إذا ترك الحديث لم يتركه عن هوى أو جهل، بل يتركه عن علم وعن دليل ظهر له.

---

45) جامع بيان العلم : 2 / 182.
46) المدارك : 1/ 45.
47) المدارك : 1/ 45.
48) المصدر.

روى القاضي عياض أن ابن المعذل سمع إنسانا سأل ابن الماجشون لم رويتم الحديث ثم تركتموه ؟ قال : «ليعلم أنا على علم تركناه» (49).

هـ - هذا بالنسبة لما رواه مالك بنفسه في موطئه، وأما ما رواه الناس عنه في غير الموطأ فنجد الجواب عنه عند ابن تيمية إذ يقول : «أما الحديث فأكثره نجد مالكا قد قال به في احدى الروايتين، وإنما تركه طائفة من أصحابه، كمسألة رفع اليدين عند الركوع، والرفع منه، وأهل المدينة رووا عنه الرفع موافقا للحديث الصحيح الذي رواه لكن ابن القاسم ونحوه من المصريين، هم الذين قالوا بالرواية الأولى ومعلوم أن مدونة ابن القاسم أصلها مسائل أسد بن الفرات التي فرعها أهل العراق ثم سأل عنها أسد ابن القاسم، فأجابه بالنقل عن مالك، وتارة بالقياس على قوله، فلهذا يقع في كلام ابن القاسم طائفة من الميل إلى أقوال أهل العراق وإن لم يكن ذلك من أصول أهل المدينة، ثم اتفق أنه لما انتشر مذهب مالك في الأندلس وكان يحيي بن يحى عالم الأندلس والولاة يستشيرونه، فكانوا يأمرون القضاة أن لا يقضوا إلا بروايته عن مالك ثم رواية غيره، فانتشرت رواية ابن القاسم عن مالك لأجل من عمل بها وقد تكون مرجوحة في المذهب وعمل أهل المدينة والسنة، حتى صاروا يتركون رواية الموطأ الذي هو متواتر عن مالك وما يزال يحدث به إلى أن مات برواية ابن القاسم وإن كان طائفة من أئمة المالكية أنكروا ذلك، فمثل هذا إن كان فيه عيب، فإنما هو على من نقل ذلك، لا على مالك..» (50).

---

49) المدارك : 1/ 45.

50) مجموع فتاوى ابن تيمية : 20/ 327 - 328.

و ـ وحتى على فرض أن مالكا ترك الحديث ـ أحيانا ـ فإن مالكا بشر ينسى كسائر الناس، ويخطيء كما يخطيء سائر البشر، وهو القائل ما معناه «كل كلام فيه مقبول ومردود إلا كلام صاحب هذا القبر» مشيرا إلى قبر الرسول عليه السلام، وكثيرا ما كان يرد على من يستفسره : «إن نظن إلا ظنا وما نحن بمستيقنين».

المبحث الرابع :

العمل الذي قصده مالك :

رأينا ـ فيما سبق ـ مجمل آراء بعض الفقهاء الذين تعرضوا لعمل أهل المدينة بالنقد، ومن خلالها تبين لنا أن هؤلاء العلماء لم يدركوا سر ما قصد إليه مالك في اعتباره لعمل أهل بلده، ولا حققوا المسألة من أساسها، ولا فهموا أسرارها ومراميها، وقصارى ما انتهوا إليه، أنهم خلطوا بين ما جرى به عمل أهل المدينة وبين الإجماع، هذا الإجماع الذي نعتقد أن مالكا ما كان يقصد إليه ولا اعتبر المسألة من الإجماع.

وكل الحجج التي ساقوها لتدعيم رأيهم في الموضوع واهية ساقطة من أساسها، ومن ثم راحوا يهاجمون عمل أهل المدينة والقائلين به، وأدى بهم هذا الفهم إلى الطعن في الإمام مالك وأتباعه بل وجهوا نقدهم إلى المدينة نفسها، فأظهروا مخازيها ومساوئها وتفضيل غيرها من الأمصار عليها وهم في ذلك يذهبون في اتجاه غير سليم، ويجادلون فيما ليس لهم به علم، محتجين في ذلك بحجج لا سند لها ولا أساس ولو تصوروا المسألة على حقيقتها وحققوا مناطها، لأيقنوا أن ما فهموه وما قصد إليه

مالك، بينهما بون شاسع، وفرق كبير، ولهذا قال القاضي عياض «إنهم يتكلمون في غير خلاف، فتكلموا على تخمين وحدس» (51).

فالإجماع الذي اعتقدوا أن مالكا قال به، لا أساس له، ولا يتصور أنه قصد بالعمل الإجماع الذي هو المصدر الثالث من مصادر التشريع، والذي يأتي بعد الكتاب والسنة في الحجية والإعتبار، وأساليبه في الموطأ الذي فهم الناس منها أن مالكا قصد الإجماع، وقولهم إنه نقل إجماع أهل المدينة على نيف وأربعين مسألة.. كل ذلك لا أساس له، إذ تعابيره في الموطأ لا تخرج عن قوله : «هذا الأمر الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا» أو «الذى لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا» أو «ما أعرف شيئا مما أدركت عليه الناس» أو «الأمر المجتمع عليه عندنا» أو «الأمر الذي لا اختلاف فيه عندنا» وقوله : «السنة عندنا» وقوله : «وليس على هذا العمل عندنا» أو «والسنة التي لا اختلاف فيها عندنا» أو «الأمر الذي سمعت من أهل العلم» أو «السنة التي عندنا والتي لا شك فيها» وقوله : «ليس العمل على هذا»..

وقد تتبعتها في الموطأ فوجدتها تكررت مائتين وثلاثا وثلاثين مرة وكلها ـ وإن اختلفت ـ لا يمكن أن يفهم منها الإجماع أو أن مالكا قصد بها ذلك.

وإنما الذي يفهم منها هو العمل وحده، عمل الناس الذى كان أهل المدينة سائرين عليه في عصره وقبله، وعلى ذلك يكون مالك ـ في تعابيره ـ واصفا لعمل بلده، وما اعتاده قومه وتعارفوه وساروا عليه، ونحن عندما نرى الناس الآن فى بلد ما اعتاد قومه شيئا وأطبقوا عليه، نقول

51) المدارك : 1/ 45.

إنهم أجمعوا عليه، ولا نقصد الإجماع الحقيقي المعروف، وهو الشيء نفسه الذي ذهب إليه مالك ـ فيما نعتقد ـ فهو حينما يقول السنة المتبعة عندنا أو الأمر المجتمع عليه عندنا أو ما شابه ذلك، لا نرى بين ما قاله وما نقوله نحن فرقا بينهما.. وأيضا كيف يجوز أن يفهم من كلام مالك الإجماع وهو يعرف أن الإجماع اتفاق العلماء المجتهدين، والمدينة في عصره لاشك أن أهلها لم يكونوا كلهم علماء مجتهدين، بل كان فيهم العالم والجاهل، فكيف يقصد مالك الإجماع بعمل الجهال ؟ ومن جهة أخرى، فإن المالكية لما عدوا أصولهم لم يجعلوا الإجماع هو عمل أهل المدينة، وإنما جعلوا هذا الأخير مصدرا قائما برأسه إلى جانب الإجماع حسبما ورد في شرح التنقيح (52) وقواعد المقرى (53) والمعيار (54) والبهجة (55) وغيرها..

فما ورد في الموطا من صيغ وأساليب إنما هو من تعدد الأسلوب وتنوعه، ولا يعني ذلك أن مالكا فرق بين ذلك وقصد إلى اختلاف كما تخيل البعض، ولا يمكن أن نفهم أن مالكا عندما يقول : «الأمر المجتمع عليه عندنا» إنما يعني بذلك شيئا، حتى إذا غير أسلوبه مرة أخرى يقال إنه قصد شيئا آخر فمالك في تعابيره لا يخرج عن كونه واصفا لعمل بلده، لأن ما يذكره في الموطأ لا يتعلق بقول أهل المدينة ولا بنقلهم، وإنما هو متعلق بما جرى به عملهم.

وهو يتحدث عن عصره، فيكون العمل الذي وصفه هو بمثابة العرف الذي يوجد في مكان ما يحكم عند ذويه..

---

(52) شرح التنقيح ص : 445.

(53) قواعد المقرى القاعدة رقم : 635 و459 و117.

(54) المعيار للونشريسي : 2 / 272.

(55) البهجة : 2 / 133.

ولو فهم الذين انتقدوه وجه استدلاله بهذا العمل، لما ذهبوا في ذلك كل مذهب، ولذلك كان ابن خلدون دقيقا، عندما قال : «ولو ذكرت المسألة ـ يقصد عمل أهل المدينة ـ في باب فعل النبي (ص) وتقريره أو مع الأدلة المختلف فيها، مثل مذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، والإستصحاب، لكان أليق» (56) ثم هو يرد على أولئك الذين فهموا أن هذا من قبيل الإجماع فيقول : «وظن كثير أن ذلك من مسائل الإجماع فأنكره، لأن دليل الإجماع لا يخص أهل المدينة من سواهم بل هو شامل للأمة..

واعلم أن الإجماع إنما هو الإتفاق على الأمر الديني عن اجتهاد ومالك رحمه الله تعالى، لم يعتبر عمل أهل المدينة من هذا المعنى، وإنما اعتبره من حيث اتباع الجيل بالمشاهدة للجيل إلى أن ينتهي إلى الشارع صلوات الله عليه، وضرورة اقتدائهم بعين ذلك يعم الملة ذكرت في باب الإجماع، والأبواب بها من حيث ما فيها من الإتفاق الجامع بينها وبين الإجماع، إلا أن اتفاق أهل الإجماع عن نظر واجتهاد في الأدلة، واتفاق هؤلاء في فعل أو ترك مستندين إلى مشاهدة من قبلهم» (57).

فمالك لا يقول بالإستدلال بالعمل إذا كان مخالفا للنص القطعي الوارد عن الشارع، لكنه يرى أن عمل أهل المدينة في عهده إذا تحقق في مسألة اختلف فيها أو تضاربت الأدلة في شأنها يرفع الخلاف فيها هذا العمل، وبه يختار القول على غيره من المذاهب، ولو فهم الناس هذا لما

56) مقدمة ابن خلدون ص : 445.

57) المقدمة ص : 445.

احتاجوا إلى الإحتجاج عليه بالبدع التي أحدثت من بعد، لأنه أدرى الناس بالبدع المحدثة ولا يمكن أن يدعي البدع ويعتبرها داخلة في الدليل الشرعي، إذ المعروف عنه أنه كان يتحرج كثيرا من الشبهات المحدثة..

فمالك باعتباره لهذا العمل، وضع مبدأ تشريعيا عظيم الأهمية وهو: اعتبار ما اعتبره القضاء والافتاء من الأحكام الشرعية، وجعله مرجحا لما اشتهر من الأقوال، لأنه يتفق مع البيئة ومع ظروفها، ولا يتصور أن يعتمد مالك القول بعمل مخالف لمقتضيات الشريعة ومقاصدها وأصولها..

ثم هو لا يقول إنه لا يجوز العمل بغيره، وإنما يجعله مرجحا عنده حين تتضارب الأقوال، وتختلف الآراء فيختار القول بعمل أهل المدينة، لأن أهلها لهم شيء زائد على غيرهم، وهو جريان أحكامهم في عصر كان أقرب إلى صفاء التشريع ونقائه، ولا يتصور - عادة - أن يكون فعل هؤلاء الناس واتفاقهم عليه والعهد بالرسول قريب - أن يكونوا على ضلالة من أمرهم..

وهو بهذا يكون أشبه بما سار عليه أبو يوسف الحنفي حين كان يقدم العرف على الحديث - كما أثبتنا سابقا - ويقول: إن الحديث ليس إلا تأكيدا أو اقرارا للعرف الذي كان في عهد النبي (ص) وأنه لو وجد عليه السلام هذا العرف قد تغير تغيرا موافقا لأصل الدين لأقره، وكذلك فعل الشافعي، فقد أخذ كثيرا بعمل أهل مكة، ونفس الشيء نقل عن أبي حنفية، فقد حكم عمل أهل العراق (58).

فعمل أهل المدينة أولى بالإعتبار.

---

58) الفكر السامي 2/ 167.

وعلى هذا لا يصح ما نقله بعضهم من أن مالكا إذا قال : على هذا أدركت أهل العلم ببلدنا أو الأمر المجتمع عليه عندنا فإنه يريد ربيعة وابن هرمز (59).

أو قولهم ما أجمع عليه بين علماء المدينة لا يتجاوزونه هو الذي يقول فيه مالك في الموطأ «السنة التي لا اختلاف فيها عندنا» أو يقول «الأمر المجتمع عليه عندنا» وما اختلفوا فيه أخذ بالأقوى دليلا وشهرة، وهو الذي يقول فيه هذا أحسن ما سمعت (60) فهذا كلام لا دليل عليه، ولا مستند له ولا يعدو كونه مجرد تخمين من قائليه. وأساليب مالك في الموطأ لا تفيد هذا المعنى الذي ذهبوا إليه، ولا التقسيم الذي قسموه.

على أن هذه الإصطلاحات المذكورة في الموطأ حامت حولها الشكوك حتى في عهد مالك نفسه، فأولها بعضهم تأويلا غير صحيح، وقد رد أحمد بن عبد الله الكوفي في تاريخه على من زعم أن كل ما قال فيه مالك في موطئه الأمر المجتمع عليه عندنا فهو من قضاء سليمان بن بلال بأن هذا لا يصح (61).

ثم إن العمل الذي كان شائعا في المدينة على عهد مالك لم يكن على نمط واحد، وإنما كان فيه ما هو معمول به دائما أعني أكثريا ولعل هذا هو الذي يقول فيه ابن رشد في المقدمات :

«وما استمر عليه العمل بالمدينة واتصل به فهو عنده ـ أي مالك ـ مقدم على أخبار الآحاد العدول، لأن المدينة دار النبي (ص) وبها توفي (ص) وأصحابه المتوافرون، فيستحيل أن يتصل العمل منهم في شيء على

---

59) بيان العلم وفضله : 2 / 183 والمدارك : 2 / 72.

60) الفكر السامي 2 / 76.

61) المدارك : 2 / 75.

خلاف ما روى عن النبي (ص) إلا وقد علموا النسخ فيه» (62). وهو الذي يقول فيه ا بن عبد البر :

وكذا المدينة حجة إن أجمعــوا متتابعين أوائلا بأواخـــــر (63)

وفيه ما كان معمول به. ولكنه قليل، فهو تماما بمثابة العرف العام والعرف الخاص. فالأول معتبر عند الجمهور، والثاني فيه نظر حسبما أوضحناه في محله.

فالعرف العام لا إشكال في الإستدلال به، ولا في العمل على وفقه، ويظهر أن هذا هو الذي يأخذ به مالك ويقدمه على خبر الآحاد والقياس، وهذا الفعل يصح اسناده إلى أمر ثابت، إما قاله الرسول وتبعه الصحابة والتابعون على ذلك أو كان واقعا في عهده (ص) وأقرهم عليه، واستمر الناس عليه زمن الصحابة والتابعين ومن بعدهم، فلا إشكال في صحة الإستدلال به، والأخذ بذلك على الإطلاق إذ لا بد أن يكون لمعنى شرعي تحروا العمل به، وما داوم الناس عليه هو الأولى وعلى هذا الأساس كان مالك يقدم العمل على الأحاديث حيث كان يراعي كل المراعاة العمل المستمر والأكثر، ويترك ما سوى ذلك، وإن جاءت فيه أحاديث، لأنه ممن أدرك التابعين وراقب أعمالهم، ولم يكن العمل مستمرا فيهم، إلا وهو مستمر في عهد رسول الله (ص) أو في قوة المستمر، وبهذا يمكن أن يسقط الإعتراض الموجه إلى مالك من أنه روى أحاديث ولم يعمل بها وتركها للعمل، وهذا الرأي موجود عند الإمام الشاطبي في الموافقات (64)

62) مقدمات ابن رشد 2 / 565.

63) من قصيدة له في العمل بالدليل وذم التقليد وردت هذه الأبيات في آخر كتاب شرح الرسالة للحافظ أحمد ابن الصديق الغمارى المطبوع بمصر.

64) الموافقات 3 / 70.

إذ ورد في كلامه أن «من هذا المكان يتطلع إلى قصد مالك رحمه الله في جعله العمل مقدما على الأحاديث إذ كان إنما يراعي كل المراعاة العمل المستمر والأكثر، ويترك ما سوى ذلك، وإن جاء فيه أحاديث».

والعقل لا يستبعد أن يسبق عمل أهل المدينة الحديث إن جاء من طريق الآحاد، لأن الإمام ما تركه إلا لأنه رآه مخالفا لما عليه الناس أو أنه نسخ أو لمرجح ظهر له، ولذلك كان يرى أن ما جرى عليه العمل وثبت مستمرا أثبت في الاتباع وأولى أن يرجع إليه، وقد قال : «إذا جاءك مثل هذا مما كان في الناس وجرى على أيديهم لا يسمع عنهم فيه شيء فعليك بذلك، فإنه لو كان لذكر لأنه من أمر الناس الذي قد كان فيهم».

وكان يقول : إذا بلغه حديث لا يرى الناس يعملون به : «أحب الأحاديث إلي ما اجتمع الناس عليه، وهذا مما لم يجتمع الناس عليه وإنما هو حديث من حديث الناس».

ومن هنا جاء قول الشاطبي «لما أخذ مالك بما عليه الناس وطرح ما سواه، انضبط له الناسخ والمنسوخ على يسر» (65) كما اعتبر الإقتداء بالأفعال أبلغ من الإقتداء بالأقوال (66) وكلام الشاطبي هذا يصلح للرد على ابن رشد فيما ذهب إليه من أن الفعل لا يفيد التواتر، إلا أن يقترن بالقول، وبأن جعل الأفعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع (67).

فما كان عليه السلف من فعل أو ترك فهو السنة والأمر المعتبر وهو الهدى، وكل من خالفهم لا يبعد أن يكون على غير صواب وقد ذهب

---

65) الموافقات 3 / 70.

66) المصدر 3 / 71.

67) بداية المجتهد : 1 / 136.

الشاطبي أبعد من هذا حين قرر أن عمل السلف الصالح هو العيار وهو المعتبر وإن وجد له مخالف فهو دليل الخطأ والمخالفة للسنة: «إذ المتقدمون من السلف الصالح هم الذين كانوا على الصراط المستقيم، ولم يفهموا من الأدلة إلا ما كانوا عليه وهذه المحدثات لم تكن فيهم ولا عملوا بها. فيقال لمن استدل بدليل هل وجد هذا المعنى أم لا ؟ ولا يسعه أن يقول بهذا. لأنه فتح لباب الفضيحة على نفسه، وخرق للإجماع. وإن قال : إنهم كانوا عارفين بمآخذ هذه الأدلة. كما كانوا عارفين بمآخذ غيرها قيل له : فما الذي حال بينهم وبين العمل بمقتضاها على زعمك حتى خالفوها إلى غيرها ؟..

«فكل ما جاءك مخالفا لما عليه السلف الصالح فهو الضلال بعينه» (68) ومن هنا لا يصح ما ذهب إليه الآمدى وغيره، حينما اعتبروا عمل أهل المدينة كعمل غيرهم (69) لأن عمل أهل المدينة معزز بالمشاهدة والاتباع. ففيها كان انتهاء الوحي، وفيها انتهت الرسالة فهم أعلم بما كان عليه الرسول وصحبه، ومن تبعهم إلى عصر مالك وأما ما يقال عن مخالفة مالك للحديث، فقد أوضحنا أن الحديث إذا صح فمالك لا يتركه بحال، وإن لم يثبت صحته أو ثبتت ولكن من طريق الآحاد قدم عليه عمل أهل المدينة لأنه لا يعقل أن يؤخذ بقول الفرد الواحد ويترك فعل الجم الغفير من الناس..

---

68) الموافقات : 3/ 73 بتصرف.

69) الأحكام : 1/ 349.

وأيضا فإن الكذب في الحديث كثير. وقد ثبت الوضع فيه حتى في عهد رسول الله (ص) يدلنا على ذلك قوله (ص) «من كذب علي معتمدا فليتبوأ مقعده من النار».

ومن ناحية أخرى فإن ما اعتاده الناس لا يصرفون عنه إلا بدليل صريح، وما دام الدليل القاطع لم يقم، فإن الناس يتركون على ما هم عليه ما دام لم يخالف فعلهم دليلا شرعيا. وهذا يمكن تطبيقه في كل جهة من الجهات، فأحرى في بلد أهله أعرف الناس بمقاصد التشريع وأهدافه. وأولى الناس باقتفاء خطى الرسول (ص) واتباع آثاره لما كان لهم من شدة الاتباع وبعد من الإبتداع. لمشاهدتهم لرسول الله (ص) واستمرار العمل فيهم.

ويبقى بعد أن وجهنا العمل هذه الوجهة، موقنين بأن هذا هو مقصود مالك أن نورد هذا التساؤل الذي يمكن أن يثار، وهو : إذا كان صحيحا أن مالكا قصد بعمل أهل المدينة هذا المقصد فما وجه استدلاله ؟ وكيف أضافه مصدرا جديدا من مصادر التشريع ؟ والجواب عن ذلك من وجهين :

أ ـ إن كل المذاهب الفقهية الرئيسية قد حكمت العرف واعتبرته في كثير من القضايا، ولم يقف ضد هذا المنزع إلا شذوذ لا يعتد برأيه. وقد بينا أن عمل أهل المدينة ليس إجماعا بل هو عرف تسلسل العمل به عبر الأجيال تبعا لا اجتهادا حتى ينتهي إلى عصر الرسول (ص) والإجماع لا يكون تبعيا كما قرر ابن خلدون لأن مالكا رأى «فيما

ينفسون عليه من فعل أو ترك أنهم متابعون فيه لمن قبلهم ضرورة لدينهم واقتدائهم وهكذا إلى الجيل المباشر لفعل النبي (ص)» (70).

ب - وحيث ثبت أن رسول الله (ص) أقر بعض الأعراف، وأبقى عليها ولم يحارب منها إلا ما صادم الشرع، أو تعارض مع مبادئه وأصوله، بهذا يسلم للإمام مالك ومن ناصر مذهبه، ما اعتبره من عمل أهل المدينة، وما عملهم إلا أعرافهم، ولا شك أن مراعاة عادات الناس وأعرافهم التي لا فساد فيها، ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركها عالم كما قال الشيخ أبو زهرة (71)، بل يجب الأخذ بها، وليس لأحد أن يمنعهم من الأخذ بها إلا بنص محرم، وحيث لا حرمة فلا بد من مراعاة أعراف الناس وعاداتهم، إذ مخالفتهم لها تؤدى بهم إلى الحرج والمشقة وهما مرفوعان في حكم الشرع الإسلامي، لأن الله تعالى ما جعل على الناس من حرج في دينه «وما جعل عليكم في الدين من حرج» (72).

فإن قيل كيف يعتبر العمل إذا كان مخالفا للنص ؟ قلنا لا يخلو ذلك : إما أن يكون هذا النص قطعي الورود، أو ظنيا.

فإن كان الأول، فلم يقل أحد بخلافه، لا مالك ولا أحد من أتباعه، وإن كان الثاني، فقد نص الفقهاء على أن العرف يقدم على الدليل الظني كما نصوا على أن العرف إن كان عاما يقيد المطلق، ويخصص العام، ويبين المجمل، وهذا هو دور العمل بلا فارق، إلا فارقا واحدا وهو : إذا

---

70) المقدمة ص : 375.
71) مالك ص : 353 ط : ثانية.
72) الحج : 71.

كان للعرف هذا الإعتبار في كل مكان وكل زمان، فإن عمل أهل المدينة أجدر بالإعتبار والإحترام والله أعلم..

ومالك بموقفه هذا كان منسجما مع البيئة التي عاش فيها، وتأثر بها إذ لم يكن مقتصرا على الحديث - كما ظن البعض - ولا أغلق مجال الرأى، وإنما أخذ بالرأى حينما احتاج إليه، متمشيا مع المنهج الإجتهادى الذي ربطه بمناهج الشريعة وأهدافها، لهذا كان حريصا كل الحرص على أن يربط النص الشرعي بالحياة العملية التي كانت قائمة في المدينة، وكان هذا الربط يعطيه مرونة في اجتهاداته، وهو اتجاه إيجابي ينسجم مع التطور الزماني انطلاقا من التوسع في الأخذ بالمصلحة، آخذا بعين الإعتبار العمل الذي كان قائما في المدينة، معتبرا اياه الصورة العملية التطبيقية للشريعة الإسلامية..

يبقى بعد هذا نقطة جديرة بالملاحظة، وهي : إذا اعتبرنا عمل أهل المدينة بمثابة العرف، أو هما شيء واحد، كما قرر ابن خلدون وتابعناه عليه، فلم عد المالكية في أصولهم العرف مستقلا عن العمل ؟ وبيان هذا التساؤل سيأتي في فصل «علاقة العرف بالعمل» إن شاء الله.

الباب الثاني

عمل أهل المغرب

الفصل الأَول
نشأة العمل وتطوره بالمغرب

المبحث الأول :

نشأة العمل في المغرب

عرفنا فيما سبق أن من أصول مذهب مالك، عمل أهل المدينة وأثبتنا أن مالكا ليس أول من قال به، بل ثبت عن شيوخه كالإمام الزهري (1)، وربيعة بن أبي عبد الرحمن (2) ومن عاصرهما وشيوخهم كالإمام سعيد ابن المسيب (3) وأبي سلمة بن عبد الرحمن (4) ومن عاصرهما، وبينا أن علماء الأحناف أخذوا بدورهم بعمل أهل العراق وما اشتهر بينهم من قضاء وفتوى، وكذلك الشأن بالنسبة للإمام الشافعي الذي احتج بعمل أهل مكة..

غير أن الأحناف والشافعية وإن أخذوا بهذا العمل في الجملة فإنهم لم يشتهروا بذلك شهرة المالكية..

---

1) أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب بن عبد الله بن الحارث الزهرى أحد الفقهاء والمحدثين والأعلام التابعين بالمدينة توفي في رمضان سنة : 124 هـ

2) أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ المعروف بربيعة الرأى فقيه أهل المدينة وشيخ الإمام مالك توفي سنة 136 هـ
أنظر وفيات الأعيان 2 / 288.

3) أبو محمد سعيد بن المسيب بن مزن بن أبي وهب بن عمرو بن عائذ بن عمران ابن مخزوم القرشي المدني سيد التابعين وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة المتوفى سنة 95 هـ وقيل غير ذلك انظر وفيات الأعيان 2 / 375.

4) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف المتوفي سنة 104 هـ
انظر شرف الطالب ص : 28 تحقيق حجي.

والسبب في ذلك يرجع إلى أن مالكا جعله من أصوله المقدمة حتى على الحديث على التفصيل الذي قدمناه..

ومع مرور الزمان، وانتشار المذهب المالكي في الغرب الإسلامي تطور هذا العمل، وظهر بمظهر يتفق مع عمل أهل المدينة في المبدأ، ويختلف عنه في الاعتبارات كما سيتضح..

والعمل كما استقر عليه الرأي عند المغاربة هو : «العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها، رعيا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية».

أو هو : «حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه، من غير أن يكون كل ما حكم به قاض جرى به العمل».

أو هو : «اختيار قول ضعيف والحكم والإفتاء به، وتمالؤ الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك».

وإيضاح ذلك أن بعض المسائل يكون فيها خلاف بين فقهاء المذهب، فيعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول يخالف المشهور لسبب من الأسباب كدرء مفسدة، أو خوف فتنة أو جريان عرف في الأحكام التي مستندها العرف لا غيره، أو تحقيق مصلحة أو نحو ذلك، فيأتي من بعده ويقتدي به، ما دام الموجب الذي لأجله خولف المشهور - في مثل ذلك البلد وذلك الزمان - قائما، وهذا بناء على أصول المذهب المالكي، لأنه إذا كان العمل بالضعيف لدرء مفسدة، فهو على أصل مالك في سد الذرائع، وإذا كان لجلب مصلحة، فهو على أصله في اعتبار المصلحة المرسلة، وكذا الشأن بالنسبة للعرف، لأنه من جملة الأصول التي بنى الفقه عليها - كما تقدم - وهو راجع إلى المصلحة المرسلة أيضا فيشترط

فيه ما اشترط فيها ما لم يخالف نصا أو يصادم مصلحة أقوى.. حتى إذا زال الموجب الذي كان سببا لقيام العمل، عاد الحكم للمشهور.

وأصل ابتداء العمل بالشاذ وترك المشهور الاستناد لاختيارات شيوخ المذهب المتأخرين وتصحيحهم لبعض الروايات والأقوال الموجبة لذلك (5).

ومن الموجبات : تبدل العرف، وعروض جلب المصلحة، ودرء المفسدة فيرتبط العمل بالموجب وجودا وعدما، ولأجل ذلك يختلف باختلاف البلدان، بل ويتبدل في البلد الواحد بتجدد الأزمان (6).

ومستندهم في ذلك : قول عمر بن عبد العزيز : «تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور» (7) فاتحا بذلك باب التطور في الأحكام وصبغها بصبغة المجتمع (8). ويعزى بعض العلماء السبب في قيام العمل إلى التقهقر الذي حصل في جسم الأمة في علمها ودينها، والضعف والهوان الذي أصابها لما للأحكام من الارتباط بالسياسة والدولة، فتضعف الأفكار في الاجتهاد والاستنباط تبعا لذلك..

ففي عهد قوتها وعظمتها لا تلجأ لمثل هذا. ولكن عندما تضعف لا تستطيع التمشي على المشهور أو الراجح في بعض مسائل الأحكام وإلا كان تمشيها عليه، لا يوافق مذهبها ومشربها لذلك رجح بعض الأئمة الذهاب على بعض الأقوال الضعيفة كلما اقتضى الحال ذلك. فصار هذا

---

5) نور البصر ص : 164.

6) حاشية الوزاني على شرح التاودى للامية الزقاق ص : 263.

7) روى ابن سعد أن أبا البختري جاء شريحا فقال له ما الذي أحدثت في القضاء ؟ فقال له : أن الناس أحدثوا فأحدثت «وفي خطبة زياد بن أبيه الشهيرة» وقد أحدثتم أحداثا لم تكن وقد أحدثنا لكل ذنب عقوبة».

8) انظر : ملحق جريدة المغرب عدد 1 أبريل 1938 كانت تصدر بالرباط.

النوع من التشريع تدريجيا. وقد وصف بعض الفقهاء هذه المرحلة بمرحلة تقهقر الفقه (9) وعدها القاضي أبو بكر ابن العربي بقاصمة العلم إذ قال :

«.. ثم حدثت حوادث لم يلقوها في نصوص المالكية. فنظروا فيها بغير علم. فتاهوا وجعل الخلف منهم يتبع في ذلك السلف حتى آلت الحال ألا ينظر إلى قول مالك وكبراء أصحابه ويقال قد قال في هذه المسألة أهل قرطبة وأهل طلمنكة وأهل طليطلة وأهل طلبيرة. فانتقلوا من المدينة وفقهائها إلى طلبيرة وطريقها وحدثت قاصمة أخرى تعلم العلم فيرجع القهقري أبدا إلى وراء على أمه الهاوية» (10).

وهي المرحلة التي نعتها الفقيه الحجوي بمرحلة «هرم الفقه» (11) والمعروف تاريخيا. أن ابتداء العمل بهذه الأقوال الضعيفة بدأ بجزيرة الأندلس لأن علماءها كانوا أقدر من غيرهم على تطوير الأحكام وتوجيهها تبعا للمصلحة (12).

ولا يعرف بالضبط التاريخ الذي بدأ فيه هذا العمل. والذي يستنتج من بعض الوقائع التاريخية أن ذلك كان حوالي القرن الرابع الهجري. يدل على ذلك أمور منها :

---

9) انظر ملحق جريدة المغرب : عدد 1 سنة 1938.
10) العواصم من القواصم 2 / 492 تحقيق د : عمار طالبي.
11) الفكر السامي : 4 / 226.
12) ملحق جريدة المغرب عدد : 1 سنة 1938.

أ ـ أن الدولة الأموية عندما كانت في أوج عظمتها وعزتها، كانت حريصة على متابعة أحوال مالك، مشددة على قضاتها في عدم الخروج عنه، فتقضي حالتهم هذه، أن الأئمة ـ إذ ذاك ـ لم يقلدوا الأقوال الضعيفة ولكن لما دب الضعف إلى الدولة، سرى ذلك الضعف إلى علمائها، ومن المعلوم أن الفقه مادة اجتماعية يتأثر بتأثر المجتمع، إذ يرتبط به ارتباط العلة بالمعلول، وكان هذا الضعف الذي أصاب المجتمع الأندلسي في القرن الرابع الهجري.

ب ـ ثبت أن الإمام ابن الهندي (13) أحد أصحاب الشورى في الأحكام نص على جريان العمل بالقول بإعطاء الخصم نسخة خصمه، كيفما كانت تلك الحجج ؛ مشكلة أم لا، وقد كان الحكم قبله، يجري في هذه المسألة بالمشهور، وهو أن لا تعطى النسخ إلا إذا كانت مشكلة ـ والمعروف أن هذا العالم كان يعيش في القرن الرابع الهجري.

ج ـ ثبت أيضا أن الإمام ابن لبابة (14) كان يأخذ بما جرى به العمل في مسألة الخلطة وغيرها.. وابن لبابة هذا كان يعيش في القرن الرابع كذلك..

د ـ ما ورد في أزهار الرياض (15) أن القاضي منذر بن سعيد البلوطي (16) كان يؤثر مذهبه الظاهري، ويجمع كتبه، ويحتج بمقابلته

---

13) أبو عمر أحمد بن سعيد بن ابراهيم الهمداني المعروف بابن الهندى ولد سنة 320 هـ وتوفي سنة 399 هـ.

14) أبو عبد الله محمد بن عمر بن لبابة القرطبي فقيه حافظ، مفتى مشاور توفي في شعبان سنة 314 هـ.

15) أنظر أزهار الرياض : 2 / 295 تحقيق السقا والأبيارى.

16) القاضي منذر بن سعيد البوطي إمام محدث أديب له مؤلفات عدة.. ولد سنة 273 هـ وتوفي عام 355 هـ (886 ـ 966).

ويأخذ به في نفسه وذويه، فإذا جلس للحكومة قضى بمذهب مالك وأصحابه بالذي استقر عليه العمل في بلدهم، وحمل عليه السلطان أهل مملكته، ومعلوم أن ولاية هذا القاضي بقرطبة كانت سنة 339 هـ (17).

ثم لا يزال هذا العمل يحدث بتلك الأقوال ويتجدد في بعض المسائل كلما اقتضى الحال والمصلحة ذلك، بحيث لم يكد يمضي من هذا القرن نصفه الأول حتى كانت لفظة «ما جرى به العمل» جارية على ألسنة الفقهاء، ومبثوثة في كتبهم ومؤلفاتهم..

ولا نمضي في الزمن إلا قليلا، ونصل إلى القرن الخامس الهجري، حتى نرى هذا «العمل» صار من الذيوع والانتشار ما غطى مجموع تآليف الفقهاء، بل إن بعضهم خص بالتأليف كتابا كل ما ذكر فيه من مسائل نص على أن العمل جرى بها، كما هو الشأن بالنسبة لأبي الوليد الباجي (18)، ثم يكثر في مؤلفات ابن عتاب (19) وابن سهل (20) وغيرهما من كتب الأحكام كتحفة ابن عاصم (21) التي أكثر فيها من ذكر العمل..

---

17) انظر المرقبة العليا ص : 74.

18) هذا الكتاب بعنوان «مناهج الأحكام» والجدير بالذكر أن هذا الكتاب ينسب أيضا للقاضي عبد الوهاب.
أبو حفص عمر بن عبد الله بن يوسف بن العربي الفاسي المتوفي في رجب سنة 1188 هـ

»ذ) أبو محمد عبد الله بن محمد بن عتاب المولود عام 433 والمتوفي سنة 528 هـ على خلاف انظر شجرة النور ص : 130.

20) أبو الأصبغ عيسى بن سهل القرطبي فقيه نوازلي حافظ مشاور، ولد عام 413 هـ وتوفي عام 486 هـ

21) أبو بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي قاضي الجماعة، فقيه أصولي محدث، ولد عام 770 هـ وتوفي في سنة 829 هـ

ويحدثنا أبو الوليد أحمد بن هشام الغرناطي صاحب كتاب «المفيد» والمتوفى عام 530 هـ. أن العمل في عهده جرى في اثنتين وعشرين مسألة خالف فيها أهل الأندلس مذهب الإمام مالك وا بن القاسم منها أربعة خالفوا فيها الإمام مالكا (22).

ثم تتابع العمل بالمغرب، وصار فيه تدريجيا إلى أن ضخمت مسائله، ودخل في غالب أبواب الفقه، وعقد له المؤلفون فصولا في تآليفهم كالشيخ الزقاق (23) الذي عقد في لاميته فصلا بما جرى به العمل، وأشار فيه إلى أن عمل المغرب هذا مقتبس من عمل أهل الأندلس.

---

22) لم يخالفوه في أربعة فقط، بل خالفوه في الكثير، نظم بعضها الشيخ ابن غازى في تكميل التقييد فقال :

من خولف المذهب في الاندلس ... بستة منهن سهم الفرس

وغرس الاشجار لدى المسجد ... والحكم باليمين قل والشاهد

وخلطة والارض بالجزء تلي ... ورفع تكبير الاذان الاول

والجدير بالذكر أن هذه المسائل أخذ بها فقهاء غمارة خاصة من المغرب، وقد علل الإمام النالي ذلك بقربهم من الأندلس ولمجاورتهم لهم..
انظر نوازل الشريف العلمي : 2 / 45.
وانظر المسائل التي ذكرها ابن هشام في كتابه المفيد (مخطوط) الصفحة الأخيرة، وفي كتاب «المجالس» للقاضي المكناسي.

23) أبو الحسن علي بن قاسم الزقاق التجيبي الفاسي إمام جليل علامة متفنن توفي عن سن عالية سنة 912 هـ.

ثم جاء أبو العباس أحمد بن القاضي (24) فألف كتاب «نيل الأمل فيما به بين الأئمة جرى العمل» وتلاه العربي الفاسي (25) فألف كتابا صغير الحجم فيما جرى به العمل من شهادة اللفيف خاصة (26).

وجاء بعد هؤلاء الشيخ ميارة (27) فألف في مسألة بيع الصفقة (28)

ثم أفرد له علماء آخرون أتوا بعدهم كتبا وتآليف ومنظومات بوبوها على أبواب الفقه، واعتنى بها الفقهاء وتصدوا لشرحه وتوضيحه (29) كما فعل الشيخ عبد الرحمن الفاسي الذي نظم فيه منظومة ضمنها حوالي ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل بفاس وتصدى لشرحها بنفسه ولم يكملها (30) كما شرحها غيره أمثال القاضي العميري (31) والسجلماسي (32) والمهدي الوزاني (33).

---

24) أبو العباس أحمد بن أبي العافية الشهير بابن القاضي فقيه مؤرخ أديب ولد سنة 690 هـ وتوفي سنة 1025 هـ.

25) أبو عبد الله محمد العربي بن يوسف الفاسي فقيه جليل أديب بارع ولد عام 988 هـ وتوفي في ربيع الثاني سنة 1052 هـ.

26) يوجد هذا «الكتيب» (مخطوط) بالمكتبة العامة بتطوان رقم : 580.

27) أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة ولد عام 999 وتوفي سنة 1072 هـ.

28) سماه «تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة يوجد مخطوطا بالخزانة العامة بالرباط تحت رقم 889 د.

29) على الرغم من اهتمامهم بذلك وكثرة انتاجهم فيه إلا أنهم لم يقدموا عنه دراسة تأصيلية من حيث تقعيده وتفصيله وإنما اهتموا فقط بجمع كل الأحكام التي قيل أن العمل جرى بها ونظموها إلى بعضها...

30) توجد نسخة منه مخطوطة بالخزانة العامة بالرباط رقم 1447 د.

31) سماه «الأمليات الفاشية من شرح العمليات الفاسية توجد نسخ منه متعددة مخطوطة بالخزانة الملكية إحداها تحت رقم 2736.

32) أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم الفيلالي السجلماسي. المتوفي سنة 1214 هـ انظر ترجمته مفصلة في طبقات المالكية لمخلوف ص : 376.

33) له عليها شرحان : كبير سماه : الشفاء الذي لا يغادر سقما ولا بأس مخطوط خ. ع. بالرباط رقم 1679 د وصغير سماه : تحفة أكياس الناس طبع بمطبعة حجرية.

ثم جاء أبو القاسم السجلماسي فألف في العمل المطلق غير مقيد بعمل بلد معين وشرحه بنفسه، كما أن بعض علماء سوس ألف في العمل السوسي منظومة مرتبة على أبواب الفقه (34) ولم يعد هذا المصدر معمولا به في فقه المعاملات يأخذ به القضاة والمفتون فقط، بل إنهم أجروه حتى في العبادات، وفي فنون أخرى كعلم القراءات مثلا، إذ اعتمده القراء وبنوا عليه أحكاما جرى بها عمل المهتمين بعلم الرسم..

يذكر ابن القاضي أنه جرى العمل لدى القراء بأشياء مخالفة للمشهور لما كان عليه القراء قديما فأخذوا به كما أخذوا بالعمل في الأحكام، وتركوا المشهور والراجح إذ جرى عملهم مثلا بضبط فواتح السور ونقطها (35).

وجرى العمل في حروف «ينفق» إذا تطرفت النقط والعمل في الياء المهموزة والممالة والزائدة عدم النقط وهو خلاف الأولى والنص.

وهكذا كثرت المسائل التي جرى بها العمل في علم الرسم، وهي مخالفة للمشهور.

«روي عن الإمام مالك أن القرآن يكتب بالكتاب الأول، ولا يجوز غير ذلك، فمن فعل ذلك فقد خالف ما اجتمعت عليه الأمة، ومع ذلك لم يأخذوا بنص الإمام بل خالفوه فيه» (36).

كما جرى العمل في المغرب بوقف القرآن وهو شيء استحدث في النصف الأول من القرن 10 هـ على يد عبد الله الهبطي السوماتي (37)

---

34) هو الفقيه أبو زيد عبد الرحمن الجشتيمي والمنظومة قيد التحقيق.

35) بيان الخلاف والتشهير ص : 4 مخطوط الأستاذ الجليل المحقق سعيد أعراب.

36) بيان الخلاف والتشهير ص : 4 مخطوط الأستاذ الجليل المحقق سعيد أعراب.

37) أبو عبد الله محمد بن أبي جمعة المقرىء الشهير واضع وقف القرآن توفي سنة 932 هـ.

المبحث الثاني : ارتباط العمل المغربي بالعمل الأندلسي

لما كان المغرب مرتبطا بالأندلس بحكم الجوار والمسافة والحكم - في بعض الأحيان - فقد تأثر العمل المغربي بالعمل الأندلسي، وصار يجري فيه - في بعض المسائل - الحكم والفتوى بالأقوال الضعيفة، إذ انتقلت عدوى العمل من الأندلس إلى المغرب.

غير أن البداية تبقى في مجاهيل التاريخ، إذ لا يعلم بالضبط تاريخ ابتداء العمل بالمغرب، وكل ما نعلمه أنه كان قطعا قبل القرن العاشر الهجري.

على أن بعض القرائن والوقائع تثبت أنه بدأ في القرن الثامن الهجري ومن هذه القرائن : شهادة اللفيف الجاري بها العمل، فإنها لم تكن في القرن السابع الهجري، ولا أوائل القرن الثامن.

فقد سئل أبو الحسن الصغير (38) الذي كان يعيش في القرن 7 هـ وأوائل الثامن عن رسم شهد فيه أحد وثلاثون رجلا، هل يكتفي فيه بهذا العدد، أم لا بد من عدلين ؟ فأجاب : «لا بد من عدلين أو ينتهي العدد إلى حد التواتر » (39).

---

38) أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الحق الزرويلي المعروف بالصغير المتوفى 719 هـ.

39) انظر الدر النثير ص : 7 ملزمة : 50.

كما أن الشيخ أبا حفص الفاسي (40) في شرح الزقاقية يذكر أن شهادة اللفيف جرى العمل بها قبل الألف (41).

فيستفاد من هذين النقلين أن جريان العمل بشهادة اللفيف في المغرب كان ما بين القرنين الثامن والعاشر.

بل إن بعضهم جزم بأن العمل بالمغرب بدأ فعلا في القرن 8 هـ إذ يقول : «انتبه المغاربة خلال القرن 8 هـ إلى أصل من الأصول التي بنى عليها الإمام مالك مذهبه، وهو عمل أهل المدينة فنقلوا الشريعة إلى الحالة الاجتماعية مع الرغبة في وحدة الأحكام والقضاء بقدر الإمكان، وكانوا في بادئ أمرهم متأثرين بما يجري عليه العمل في الأندلس» (42).

ونحن لا نستبعد أن يكون العمل بدأ في هذا التاريخ إذ هي الفترة التي استقل فيها المغاربة بالتشريع، بعدما ضعف حاله في الأندلس بالقضاء على دولة الإسلام هناك، وانتقال علمائها إلى المغرب، وازدهار الحضارة والثقافة في هذا الأخير.

وإنما الذي نستبعده هو ما صرح به الحجوي من أن المغاربة صار لهم عمل مخصوص بهم زمن الملثمين ثم الموحدين ثم بني مرين (43) لأن العمل في هذا العصر كان موحدا. وهكذا رأينا المغاربة يستقلون بعمل بلدهم، ولم يستمروا على الأخذ بعمل الأندلس، لأن الاستقلال

---

40) أبو حفص عمر بن عبد الله بن يوسف بن العربي الفاسي المتوفى في رجب سنة 1188 هـ.

41) شرح الزقاقية ص : 7 ملزمة : 12.

42) محاضرات في تاريخ التشريع للعراقي ص : 132.

43) الفكر السامي 4 / 227.

السياسي منعهم من الاستمرار في تقليد الأندلسيين المتأخرين من علماء غرناطة مثلا ومن ثم أخذ يظهر نوعان من العمل في المغرب :

نوع منه يسمى بالعمل المطلق أي ما يجري به العمل مطلقا في مذهب مالك غير مقيد بقطر معين، ولا بمكان مخصوص.

ونوع آخر يسمى العمل الفاسي أو العمل السوسي أو عمل القيروان أو العمل الجبلي أي ما يجرى به في هذه الأماكن خاصة وهو قاصر عليها لا يجوز أن يفتى به في غيرها من بقية الأقاليم الأخرى، إذ هو عرف خاص تابع لأعراف خاصة، اللهم إلا إذا نص على تعميمه أو قامت نفس الدواعي والمبررات التي دعت إليه فيها.

ومن ثم أخذ هذا العمل الخاص ينمو شيئا فشيئا، تغذيه الحوادث باستمرار على خلاف النوع الأول منه الذي بقي جامدا لا يتجدد ويقتصر فيه على ما نقل منه قديما فقط.

وهنا نتساءل لماذا كان عمل المغاربة جاريا على عمل أهل الأندلس ومرتبطا به دون عمل القيروان مثلا والجواب : أن السبب في ذلك يرجع إلى ما يلي :

1 ـ أن الأندلس حوت من العلماء أكثر مما حوته افريقية (تونس) وأن تأثير قرطبة في المغرب كان أقوى من تأثير القيروان..

2 ـ أن أمراء الأندلس كانوا يتصفون بالعدل والاعتدال في نظمهم ومذهبهم السني، بخلاف العبيديين (الشيعة) بالقيروان، فمال المغاربة إلى أولئك، ونفروا من هؤلاء.

3 ـ قرب المغاربة من الأندلس وتوحيدها في الحكم ـ غالبا ـ أكثر مما كان عليه الوضع بالنسبة للقيروان..

لهذه الأسباب كانوا يأخذون بعمل الأندلس غالبا ويقدمونه على عمل القيروان.

قال القاضي اليزناسني (44) : «الذي أخذناه عن الأشياخ من أهل الأحكام والموثقين أن عمل بلدنا ـ تلمسان ـ وما بعدها من مدن المغرب كفاس ومراكش إنما هو على عمل الأندلس لا على عمل تونس ومصر» (45).

ونقل التوزري عن بعض العلماء أن «عمل تونس ومصر واحد، وعمل المغرب والأندلس واحد» (46).

المبحث الثالث

منهج علماء المغرب في إثبات العمل

اتفق الفقهاء على أنه لكي يصبح للعمل قوة النفوذ والاعتبار، وتعطاه الصبغة القانونية لا بد فيه من توافر الأركان الآتية :

1 ـ أن يكون العمل المذكور صدر ممن يقتدى به في الأحكام.

2 ـ أن يثبت بشهادة العدول المتثبتين في المسائل الفقهية...

3 ـ أن يكون جاريا على قواعد الشرع وإن كان شاذا.

---

44) أبو العباس أحمد بن عبد الله اليزناسني العبد لوادى التلمساني شارح التحفة، هكذا عرف به الشيخ ميارة في شرحه للتحفة. انظر ج : 1 ص : 3.

45) وشي المعاصم ورقة : 40 مخطوط السيد محمد حنانا.

46) توضيح الأحكام : 1/ 22.

واختلفوا في الكيفية التي يثبت بها :

ذهب بعضهم إلى أن جريان العمل يثبت بقول عالم واحد موثوق به، لأنه من باب الخبر الذي يكفي فيه خبر الواحد، بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه لا بد لإثباته من موافقة عالمين.

والرأي الأول ذهب إليه أبو العباس الهلالي (47)، إذ ورد في كلامه أن العمل يثبت بنص عالم موثوق به (48) وتبعه في ذلك المهدي الوزاني (49) والشريف العلمي (50).

أما الرأي الثاني، فقد ذهب إليه المحقق السجلماسي الذي يرى أن العمل لكي يثبت لا بد من اتفاق ثلاثة من العلماء أو القضاة، وهو رأي الشيخ الرهوني في أحد قوليه (51) وتبعهما التسولي على ذلك (52).

قال الشيخ ميارة : «ولا يثبت العمل بما نراه الآن، وهو أن يقول بعض عوام العدول ممن لا خبرة له بلفظ المشهور أو الشاذ فضلا عن غيره، جرى العمل بكذا، فإذا سألته عمن حكم به أو أفتى به من العلماء توقف أو تزلزل، فإن مثل هذا لا يثبت به مطلق الخبر، فضلا عن حكم شرعي (53).

---

47) هو ابو العباس أحمد بن عبد العزيز السجلماسي، عالم متبحر فقيه محدث انظر مزيد ترجمته في شجرة النور الزكية ص : 355.

48) انظر نور البصر ص : 134.

49) انظر حاشية المهدى الوزاني على شرح التاودى لتحفة ابن عاصم : 1/ 241.

50) انظر تحفة الأكياس : 1/ 5.

51) اضطرب رأي الشيخ الرهوني في العدد الذي يثبت به العمل، فمرة قال يثبت بقول عالمين، ومرة قال لابد من ثلاثة، انظر حاشية المهدي الوزاني على التحفة : 1/ 241.

52) انظر البهجة : 1/ 22.

53) نور البصر ص : 134.

ونقل الشيخ مصطفى (54) في حاشيته «أن مراد الأئمة بقولهم هذا القول جرى به العمل، أنه حكمت به الأئمة واستمر حكمهم به» (55).

قال الشيخ الرهوني : «إن ما يحكيه سادتنا العلماء المتأخرون من العمل المخالف للمشهور كأبي زيد الفاسي، والتاودي (56) وبناني (57) والجنوي (58) لا يحتاج فيه للبحث عن شروط العمل، ويكفي تقليدهم فيه إذا سلم لهم وإنما يحتاج للبحث عن الشروط التي ذكرها الأئمة في العمل الذي يحكيه المتقدمون كابن سلمون (59) وغيره» (60).

ويقول الأغلالي مبينا ما يعتبر في العمل (61).

وليس كل ما جرى به العمل ... معتبر شرعا فمنه ما انهمل
فربما اجراه ذو التعاصي ... بترك طاعة وبالمعاصي
كالمس والغيبة والقتال ... فيتبع المجرى فيه التالي
فربما خالف بعض الأوليا ... في ظاهر الشرع لكي يبتليا

---

54) هو أبو الخيرات مصطفى بن عبد الله بن موسى فقيه مؤلف توفي سنة 1136 هـ.

55) تحفة الأكياس : 1/ 5.

56) هو أبو عبد الله محمد بن الطالب بن علي بن سودة التاودى المرى الفاسي ولد عام 1111 هـ وتوفي عام 1209 (1700 ـ 1895).

57) أبو عبد الله محمد بن الحسن البناني له تآليف عديدة أشهرها حاشيته على شرح الشيخ الزرقاني على المختصر مولده سنة 1133 وتوفي عام 1194 هـ.

58) هو أبو عبد الله محمد بن حسن الجنوى الحسني ولد عام 1135 وتوفي في رمضان عام 1220 هـ.

59) أبو محمد عبد الله بن علي بن عبد الله بن عبد العزيز الكناني الغرناطي ولد سنة 660 وتوفي شهيدا في واقعة طريف سنة 741 هـ.

60) حاشية المهدى الوزاني على شرح التاودى للأمية الزقاق ص : 263.
وانظر البهجة للستولي : 1/ 22.

61) انظر «منظومته» فيما تجب به الفتوى مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم : 1242 د.

فإذا ثبت ما جرى به العمل فيقوم على المشهور وعلى الراجح ولو كان القول الذي جرى به العمل في غاية الضعف وفي هذا ينظم الأغلالي مبينا ذلك :

بيان ما به الضعيف يرجح من بعد ضعف قادح وينجح
حتى يقدم على المشهور وضعفه في غاية الظهور

فجريان العمل بالقول الضعيف وحكم أحد القضاة به أو اثنان أو ثلاثة ـ على الخلاف المتقدم ـ يعطيه قوة، فيقدم على المشهور والراجح. والمفروض أن الأحكام ينبغي أن تسير على وفق المشهور والراجح لأن الحكم بهما واجب إذ هو من الأصول الشرعية العقلية (62) والعمل بالضعيف في الفتوى حرام إلا لمجتهد ظهر له رجحانه، وبذلك لا يبقى ضعيفا عنده، ولا عند من قلده، أو لضرورة دعت المقلد للعمل به في نفسه يوما ما.

ويشترط في القاضي الذي حكم به أن يكون فقيها عدلا لا جاهلا ولا جائرا وأن يكون من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح (63) بحيث يتبين له رجحان القول الذي عمل به بأدلته التي منها المرجحات المذكورة لدى العلماء، وإلا فلا يجوز ترك المشهور والأخذ بالشاذ أو الضعيف بغير مرجح إذ الفتوى بغير المشهور توجب عقوبة المفتي (64).

---

62) حاشية البناني على شرح المحلى لجمع الجوامع : 2 / 361.

63) نور البصر ص : 131.

64) انظر : البهجة : 1 / 22.

وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح أو من قاضي مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة أو ذريعة إليها، ويميز ما هو في رتبة الضروريات أو الحاجيات، وما هو في رتبة التحسينات. فما ألجأت إليه المحافظة على النفس أو الدين أو النسل أو المال أو العرض أو العقل فهو في رتبة الضروريات، ويلحق بهذا ما كان في رتبة الحاجيات. ومعلوم أن المذهب المالكي مبني على اعتبار الحاجيات وإلحاقها بالضروريات. أما ما كان في رتبة التحسينات فلا يعتبر مرخصا في الخروج عن المشهور» (65).

وإذا تعارض المشهور مع ما جرى به العمل، فيقدم ما جرى به العمل، بشرط أن يقصر هذا العمل على كل بلدة على حدة، لأن العمل لا يعم كل بلد، بل يتبع الأعراف والأمكنة. فالقاضي إذا تعارض لديه المشهور وما جرى به العمل يقدم ما جرى به عمل بلده، لأن جريان العمل بالضعيف لمقصد من المقاصد يصيره راجحا.

أما ما جرى به عمل غير بلده فيقدم عليه المشهور حتما، وإن استوت الأقوال في الشهرة قدم ما جرى به العمل مطلقا (66).

وعلى كل حال لا يقدر على نقد مثل هذا إلا من بلغ رتبة الاجتهاد المذهبي، أما من لم يبلغها، فليس له رخصة في أن يترك المشهور إلى الشاذ في الفتوى والحكم أصلا..

65) انظر : شرح المواق لمختصر خليل 5 / 390 على هامش شرح الحطاب ط : السعادة.
66) توضيح الأحكام : 1 / 22.

وقد بين الهلالي في «نور البصر» شروط خروج القاضي عن المشهور إلى الضعيف فعدها خمسة (67) سنبينها في الفصل القادم..

وقد أكثر المتأخرون ـ من الفقهاء ـ بالأخذ بالضعيف، ويعزى «الولاتي» السبب في ذلك إلى أن فتاوى المتأخرين أكثر مبناها على المصالح المرسلة، والعوائد، وسد الذرائع، وإزالة الضرر، وارتكاب أخف الضررين إذا تعارضا (68).

وهذه الأصول توجد وتنعدم، لأن العرف يوجد في بلد دون آخر وزمان دون زمان، والفرع المبنى عليه يدور معه وجودا وعدما وكذا المصلحة المرسلة، إذا فقدت فقد الحكم المبنى عليها. وسد الذرائع كذلك، فرب شيء يكون ذريعة إلى شيء في بلد، لا يكون ذريعة في بلد آخر، والفروع تدور مع ذلك وجودا وعدما (69).

ولهذا قالوا : لا يجوز الإفتاء ولا القضاء بنوازل المتأخرين لأحد حتى ينظر في أصلها الذي بنيت عليه ما هو ؟ وهل هو باق أم لا ؟

فإذا كان باقيا أفتى به، وإلا ألقاها والتمس للنازلة حكما فمن لا يميز بين الجاري من الفروع على الأصول والقواعد من المخالف لها، لا يجوز له القضاء ولا الفتوى في دين الله.

وخصوا هذا بأهل النظر والترجيح، لأنهم هم القادرون على إدراك المصلحة من المفسدة، أما غيرهم من عامة الناس، فليس بإمكانهم إدراك ذلك (70).

---

67) نور البصر ص : 164.

68) حسام العدل والإنصاف (مخطوط خاص).

69) نفس المصدر.

70) يقصدون بالعامي : الذي لم يبلغ مرتبة الإجتهاد النسبي لا بالمعنى المتعارف فهم يقصدون به من ليس له أهلية الترجيح (حسام العدل والإنصاف).

ومسالة العمل بغير المشهور، هو ما ذكره القرافي من أن شيوخ المذهب المتأخرين كابن عتاب وابن رشد وابن سهل وابن العربي واللخمي (71) وابن زرب (72) ونظرائهم، لهم اختيارات وترجيحات لبعض الروايات والأقوال عدلوا فيها عن المشهور، ووجب باختيارهم العمل لما اقتضته المصلحة إذا كانت (73).

ويذكر الفقيه الحجوى أن الفقه في المغرب كان فقهين :

الفقه الأصلي المذكور في الموطأ والمدونة وغيرهما.

وفقه العمليات : وهو ما حكم به القضاة مقلدين لقول ضعيف مخالفين للراجح والمشهور لأمر اقتضاه» (74).

المبحث الرابع :

شـــروط العمـــل

ليس كل ما جرى به العمل يكون محترما حتى يقدم على المشهور أو الراجح، فقد يكون القول جرى به العمل وهو صادر عن أشخاص ليس لهم أهلية توجيه الأحكام، إما لجهلهم أو جورهم أو جريهم مع هواهم، ومن أجل ذلك اشترط الفقهاء في العمل لكي يقدم على المشهور أو الراجح شروطا لا بد من توافرها فيه وهي :

---

(71) أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي القيرواني إمام حافظ المتوفي عام 478 هـ.

(72) أبو بكر بن يبقى بن زرب القرطبي قاضي الجماعة بها فقيه مشاور ولد سنة 317 وتوفي في رمضان عام 381 هـ.

(73) نوازل العلمي : 1/ 239 ونور البصر ص : 164.

(74) الفكر السامي : 4/ 4.

1 ـ ثبوت جريان العمل بذلك.

2 ـ معرفة محلية جريانه عاما أو خاصا بناحية من النواحي (المكانية).

3 ـ معرفة الزمان.

4 ـ معرفة كون من أجرى ذلك العمل من الأئمة المقتدى بهم في الترجيح.

5 ـ معرفة السبب الذي لأجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله وقد نظم هذه الشروط الأغلالي فقال :

شروط تقديم الذي جرى العمل ... به امور خمسة غير همل
أولهما ثبوت اجراء العمل ... بذلك القول ضمن ما انهمل
والثاني والثالث يلزمان ... معرفة الزمان والمكان
وهل جرى تعميما أو تخصيصا ... ببلد أو زمن تنصيصا
وقد يخص عمل بأمكنة ... وقد يعم وكذا في الأزمنة
رابعها كون الذي أجرى العمل ... أهلا للاقتداء قولا وعمل
بحيث لم تثبت له الأهلية ... تقليدده يمنع في النقلية
خامسها معرفة الأسباب ... فانها معينة في الباب

ووجه اشتراط الشرط الأول : أن قول القائل في مسألة معينة، بهذا جرى العمل، قضية نقلية يبنى عليها حكم شرعي فلا بد من إثباتها بنقل صحيح، حتى يصبح في قوة المشهور والراجح.

وأما بالنسبة للثاني والثالث : فإنه إذا جهل المحل أو الزمان الذي جرى فيه العمل، لم تتأت تعديته إلى المحل الذي يراد تعديته إليه، إذ للأمكنة خصوصيات كما للأزمنة خصوصيات فإذا ثبت أن أهل بلدة من البلاد جرى عملهم في زمان ما في قضية ما، فلا يجوز لنا الاقتداء بهم، بأن نأخذ بمثل ما أخذوا به في بلد أو زمان مغاير، إذ قد يكون لهم مصلحة في ذلك، ولا تتوفر في غيرها.

أما الشرط الرابع : فإن العمل من المقلد بما جرى به العمل تقليد لمن أجراه، وإذا لم يعرف من أجراه لم تثبت أهليته إذ ربما عمل بعض القضاة بالمرجوح لجهله أو جوره، لا لموجب شرعي فيتبعه من بعده بنحو ذلك، فيقال جرى به العمل، ولا يجوز التقليد في الجور والجهل.

وأما عن الشرط الخامس : فإنه إذا جهل موجب جرى العمل امتنعت تعديته لجواز أن يكون الموجب معروفا في البلد الذي يريد تعديته إليه (75).

على أن المهدي الوزاني لم يشترط في جريان العمل إلا شروطا ثلاثة تبعا للشيخ ميارة وهي :

1 ـ كون العمل المذكور صدر من المقتدى به.
2 ـ وأن يثبت بشهادة العدول المتثبتين في المسائل.

---

75) أنظر : نور البصر 132 ورفع العتاب 14 وشرح العمل للسجلماسي 1/ 87 حاشية الوزاني على الزقاقية 263 ـ العمل المطلق ـ (مخطوط).

3 - وأن يكون جاريا على مقتضى قواعد الشرع وإن كان شاذا (76).

المبحث الخامس :
موقف الفقهاء من العمل

لكي نعرف موقف الفقهاء من العمل ننقل فيما يلي بعض النصوص الواردة عن بعضهم لنرى من خلالها موقفهم من هذا المصدر الذي جروا عليه والاتجاه الذي سلكوه في هذا الشأن ومن ذلك قول ابن عبد البر :
«إذا رأيت الرجل يعمل بالعمل الذي اختلف فيه وأنت ترى غيره فلا تنهه» (77).

وقول المازري : «إن كان القاضي على مذهب مشهور عليه عمل أهل بلده نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أداه إليه اجتهاده إلى الخروج عنه لتهمة أن يكون خروجه هوى أو ضعفا» (78).

وقال ابن لب : «إذا كان عمل الناس على قول لبعض العلماء فلا ينبغي إنكاره، لا سيما إن كان الخلاف في كراهته» (79).

ويقرر ابن فرحون أن نصوص المتأخرين متواطئة على أن ما جرى به العمل مما يرجح به القول الضعيف» (80).

---

76) حاشية المهدى الوزاني على شرح التاودى للأمية الزقاق ص : 263 ويقارن بما ورد في نور البصر ص : 132.

77) سنن المهتدين ص 5 ملزمة 2. ط. ق.

78) شرح التحفة لولد الناظم المعروف بالشارح مخطوط : الخزانة الملكية رقم : 9856.

79) سنن المهتدى ص : 3 م 2.

80) التبصرة : 1 - 58 على هامش فتاوي عليش.

ومثله نقل عن العبدوسي (81) فقد ورد في كلامه أنه «لا يقضي القاضي إلا بالمشهور أو بما مضى به العمل من الموثوق بعلمهم ودينهم، فإن جرى العمل بالشاذ قضى به وترك المشهور واعتبر القاضي المجاصي في بعض أجوبته خروج القاضي عن عمل بلده ريبة قادحة» (82).

وذكر الإمام النظار أبو إسحاق الشاطبي أن الناس يتركون على عملهم وإن خالف أصل المذهب (83).

كما ذكر أيضا «الأولى عندي في كل نازلة يكون لعلماء المذهب فيها قولان فيعمل الناس على موافقة أحدهما وإن كان مرجوحا في النظر أن لا يعرض لهم، وأن يجروا على أنهم قلدوه في الزمن الأول، وجرى به العمل، فإنهم إن حملوا على غير ذلك كان في ذلك تشويش للعامة، وفتح لأبواب الخصام، وربما يخالفني في ذلك غيري، وذلك لا يصدني عن القول به، ولي فيه أسوة» (84).

ويرى الحطاب (85) أن الحاكم إذا حكم بقول لزم العمل به» (86) واعتبر الأجهوري أن العمل متى كان راجحا لم يجز للقاضي ولا للمفتي العدول عنه إلى غيره وإن كان مشهورا(87).

---

81) أبو عبد الله محمد بن موسى العبدوسي كان حيا سنة 790 هـ انظر ترجمته في شجرة النور ص : 235.

82) حاشية الوزاني على شرح الزقاقية للتاودى ص : 262.

83) شرح السجلماسي لعمل فاس : 1/ 333.

84) سنن المهتدين ص : 8 م 8. ط. ف.

85) أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرعيني الشهير بالحطاب ولد سنة 861 وتوفي في شعبان 945 هـ

86) الالتزامات ص : 223 مخطوط السيد محمد حنانا.

87) انظر حاشية الوزاني على شرح التاودى للأمية الزقاق : 262.

وقال الشيخ «ميارة» «إن القاضي يلزمه اتباع عمل بلده، وان خروجه عنه موجب إساءة الظن به» (88).

وفي نور البصر «إن كان القاضي على مذهب مشهور عليه عمل أهل بلده، نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أداه اجتهاده إلى الخروج عنه لتهمة أن يكون خروجه حيفا أو هوى، وهذا القول عمل بالسياسة الشرعية» (89).

وذكر السجلماسي أن العمل مقدم على المشهور لمصيره إلى الشهرة بالتمادي عليه، ولو كان ضعيفا، ويجب على القضاة ألا يخرجوا عنه، إذا ثبت في بلادهم، وإلا كانت فيهم جرحة» (90).

قال الحسن بن رحال : «ما أحوج من شرح التحفة لنقل هذا العمل لأن صاحب التحفة إنما مقصوده تبيين ما به العمل» (91).

ونقل العربي الفاسي عن ابن سراج (92) ما نصه : «ما زلت يصعب علي الفتوى فيما يكون النص بحكم، والعمل جار على خلافه» (93).

وعلق العربي الفاسي على ذلك : «وما صعب على الشيخ ابن سراج الفتوى فيما ذكر إلا مراعاة للعمل، وكونه له جانب لا يهمل» (94).

وقال أيضا «إن ما جرى به العمل له مستند إن لم يكن نصا من المتقدمين فهو تخريج من المتأخرين، فلا ينبغي الطعن عليه، والتعرض

---

88) نور البصر ص : 134.

89) نفس المصدر ص : 164.

90) العمل المطلق مخطوط السيد محمد حنانا.

91) حاشية المهدى الوزاني على شرح التاودى للأمية الزقاق : 1 / 381.

92) أبو القاسم ابن سراج الغرناطي الشيخ الفقيه المفسر المتوفى سنة 848 هـ

93) تقييد في شهادة اللفيف (مخطوط).

94) تقييد في شهادة اللفيف (مخطوط).

لإبطاله، لأن في ذلك ازراء لمن عمل به من المشايخ الذين سبقونا، ونحن لا نبلغ مد أحدهم ولا نصيفه، وفيه مع ذلك تشويش للعامة، وطريق لسوء الظن بمن سلف من العلماء، ولم يزل علماء المذهب من لدن ابن القاسم إلى المتأخرين من علمائنا المحصلين يقيسون على روايات المذهب وأقواله، ويبنون على قواعده، ويفرعون على أصوله، ويسيرون العمل والفتوى والحكم بذلك» (95).

ونقل عمر الفاسي أنه كان يوخذ على القضاة في قرطبة ألا يحكموا بغير ما جرى به العمل، ويشترط ذلك في عهودهم، وقد أفتى غير واحد بنقض ما حكم فيه بخلاف ما جرى به العمل» (96) ويضيف : «ان الذي يعتمده المقلد في فتواه وأحكامه ان لم يكن من أهل الترجيح هو ما به العمل، وإن خالف المشهور، بناء على أن مخالفة من خالفه إنما هي لسبب اقتضى ترجيح غيره عليه، وهذا غير مطرد كما لا يخفى» (97).

وقال السكتاني (98) «إذا ظهر لك توجيه ما جرى به العمل لزم إجراء الأحكام عليه، لأن ترك ما جرى به العمل فتنة وفساد كبير» (99).

وصرح «التسولي» بأن مخالفة العمل ليس بالأمر الهين (100).

---

(95) نفس المصدر.

(96) انظر شرح الزقاقية لأبي حفص الفاسي ص : 114.

(97) نفس المصدر.

(98) هو أبو مهدى عيسى بن عبد الرحمن السكتاني مفتي مراكش وقاضيها وعالمها توفي بها سنة 1062 هـ.

(99) انظر حاشية المهدى الوزاني على التحفة : 1/ 71.

(100) نفس المصدر.

ويرى «المهدي الوزاني» أن الاعتراض على عمل المتأخرين بعمل المتقدمين مما تمجه الأسماع، ويتفق على بطلانه العقول والطباع (101).

قال «المسناوي» 102 : إذا جرى عمل الناس على شيء وكان لهم مستند صحيح ـ ولو ضعيفا ـ فلا ينبغي أن يشوش عليهم بذكر غيره وإن كان مشهورا (103)، وفي « المعيار » أن ما جرى به عمل الناس ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن (104).

ولكي نعرف مدى ما كان للعمل من حاكمية في نفوس الفقهاء، أن القاضي كان يعزل إذا لم يكن يحكم بما جرى به العمل كما حدث للحافظ القوري (105) عندما أفتى بعدم لزوم بيع المضغوط، فكان ذلك سببا في تأخيره عن مجلس الشورى (106) وكما حدث للفقيه السراج 107) عندما عارض شهادة الإبن مع أبيه، على خلاف ما أفتى به القاضي الحميدي (108) فأخر عن الإفتاء (109) فكل من الإمامين : القوري والسراج، أفتيا بالقول المشهور، ومع ذلك أخرا عن الفتوى لأنهما لم يذهبا مع القول الذي جرى به العمل، مما يدل على قوة هذا الأخير.

---

101) نفس المصدر.

102) هو أبو عبد الله محمد بن محمد المسناوى فقيه نوازلي ولد سنة 1072 هـ وتوفي سنة 1136 هـ.

103) انظر تحفة الأكياس : 2 / 228.

104) المعيار : 8 / 8.

105) انظر الفكر السامي : 4 / 229 والقورى هو : أبو عبد الله محمد بن قاسم ابن محمد اللخمي.

106) انظر المسألة الشهية للجلالي مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 7423 ص : 22.

107) هو أبو زكرياء يحيى بن محمد السراج المتوفي سنة 1007 هـ.

108) أبو محمد عبد الواحد أحمد الحميدى فقيه جليل ولد عام 930 هـ وتوفي سنة 1003 هـ.

109) انظر نور البصر ص : 169.

إلا أن هذه النظرة لم تكن سائدة لدى الجميع، ففيهم من كان ينتقد العمل ويرى أن الأخذ به في الأحكام من قبيل تحريف النصوص، وهذا الموقف عبر عنه بعض الفقهاء كالطرطوشي (110) والمقري (111) وابن الصديق الغماري الذي وصف العمل بأوصاف بذيئة في كتابه «البحر العميق» (112).

---

110) هو أبو بكر محمد بن الوليد القرشي الفهرى المعروف بالطرطوشي فقيه حافظ مؤلف مبدع ولد سنة 451 ومات سنة 520 هـ.

111) انظر نفح الطيب : 1/ 556 تحقيق د : احسان عباس.

112) يوجد مخطوطا بالمكتبة العامة بتطوان لم يعط له رقم بعد.

الفصل الثاني

تنوع العمل بالمغرب ومخالفته للمشهور

المبحث الأول :

تنوع العمل بالمغرب

تبين مما تقدم أن العمل أصبح مصدرا رسميا للتشريع، لذلك نرى المغاربة أكثروا منه، وأقبلوا عليه، وتنافسوا في الأخذ به، حتى كان ذلك سبب انتشاره وتنوعه، وصار لكل قطر عمله، بل إن كل حاضرة علمية اتخذت لها عملا تسير عليه.

ومما دفعهم إلى ذلك، إظهار رغبتهم في التخريج والاستنباط لملاحقة التطور الزمني من جهة، وتنوع أعراف الناس وتقاليدهم من جهة ثانية لأن العمل بنى على العرف، فكان من الطبيعي أن يتغير بتغييره، ولذلك رأينا هذا العمل متنوعا في بلدان المغرب العربي والأندلس، وكل عمل له مميزات تختلف عن مميزات الآخر، وكثيرا ما يباين بعضه بعضا بل أصبح - مع مرور الزمن - يتنوع حتى في البلد الواحد بتنوع مدنه وأقاليمه، وشهرة علمائه وفقهائه، وكان قويا في بعض الحواضر العلمية ضعيفا في غيرها..

فعمل قرطبة كان له من النفوذ والذيوع أكثر من غيره، حتى أنه كان يغطي - في بداية الأمر - كل حواضر الأندلس، بل ويتعداها إلى بقية أقطار المغرب العربي في بداية نهضتها العلمية، وهذا طبيعي نظرا لشهرة علماء قرطبة وتفوقهم في العلم، واطلاعهم على أسرار الفقه المالكي، فكان لهم قدرة على الترجيح والتخريج أكثر من غيرهم بالإضافة إلى أن

أمراء الأندلس كانوا يشترطون على القضاة عند توليتهم أن يأخذوا «بشرط قرطبة» كما يحكى عنهم المقري في النفح (1).

وأيضا فإنها جمعت من العلماء ما لم يجتمع لغيرها من مدن الغرب الإسلامي، وبذلك كانت في عهودها المزدهرة قبلة الفقه والفقهاء يقول الرباطي : «من الأشياء التي انفردت بها قرطبة ما استحسنه فقهاؤها» (2).

ونظرا لهذا النفوذ الذي حظيت به، وما كان لفقهائها من اطلاع، وتمرسهم بالفتوى والقضاء والشورى، كان لزاما على كل من يتصدى للقضاء أن يلتزم بالقضاء بين الناس بعمل أهل قرطبة..

جاء في النفح : «اعلم أنه لعظم أمر قرطبة، كان عملها حجة بالمغرب، حتى انهم يقولون في الأحكام : هذا مما جرى به عمل قرطبة» (3).

وقد تنازع العلماء في هذا العمل الذي كان لأهل قرطبة ما بين محبذ له ومناهض، وحكى الشيخ ا بن عرفة (4) - في اشتراط الخلفاء على القضاة بالأخذ بما جرى به عمل قرطبة - ثلاثة أقوال : الصحة للباجي والبطلان للطرطوشي، والقول بالتفصيل للمازري..

قال الطرطوشي في اشتراط الأخذ بما جرى به عمل قرطبة «هذا جهل عظيم» (5).

---

1) انظر نفح الطيب : 1/ 556 تحقيق د : احسان عباس.

2) فتح الجليل الصمد (مخطوط السيد محمد حنانا).

3) نفح الطيب : 1/ 556.

4) أبو عبد الله بن عرفة الورغمي التونسي إمامها وخطيبها ولد عام 716 وتوفي في جمادى الثانية سنة 803 هـ

5) نفح الطيب : 1/ 45.

ولما ذكر أبو عبد الله المقري شرط أهل قرطبة قال بعده : «وعلى هذا الشرط ترتب إيجاب عمل القضاة بالأندلس، ثم انتقل إلى المغرب، فبينما نحن ننازع الناس في عمل المدينة، ونصيح بأهل الكوفة ـ مع كثرة من نزل بها من علماء الأمة، كعلي وابن مسعود، ومن كان معهما ـ سنح لنا بعض الجمود ومعدن التقليد أن نأخذ بعمل قرطبة..

«ذهبت قرطبة وأهلها، ولم يبرح من الناس جهلها، ما ذاك إلا لأن الشيطان يسعى في محو الحق فينسيه، والباطل لا زال يلقنه ويلقيه» (6).

إن كثيرا من الأحكام جرى بها عمل قرطبة مخالفة لمذهب مالك، وما ورد في المدونة، فقد جرى عملهم مثلا ، أن ما لا يقبل القسمة مثل الحمام والرحى لا شفعة فيه، مع أن مذهب المدونة يقضي بجواز الشفعة (7) ومنعوا الحكم بالشاهد واليمين، وجوزوا كراء الأرض بما يخرج منها على مذهب الليث ابن سعد، وأجازوا غرس الشجر في المساجد تبعا لمذهب الأوزاعي (8). وخالفوا مذهب ابن القاسم في مراعاة الكفء في النكاح في المال والحال، وأن ما التزمته المالكة أمر نفسها في الخلع من نفقة ابنها بعد الحولين لازم، وأجازوا أفعال السفيه الذي لم يول عليه، وأوجبوا القسامة مع شهادة غير العدل من اللفيف، ولم يجيزوا الشهادة على خط الأحباس المعقبة إذا اقترن بها السماع الفاشي، ومنعوا الوصي من النظر لأولاد محجوره إلا بتقديم مستأنف، وأوجبوا على

---

6) نفح الطيب : 1/ 556.

7) المدونة الكبرى برواية سحنون عن ابن القاسم 5/ 401 ط : دار صادر.

8) نوازل العلمي : 2/ 45.

الحالف إذا وجبت عليه اليمين أن يحلف قائما متوجها القبلة إلى غيرها من المسائل التي خالف فيها القرطبيون وجرى بها العمل (9).

وروى ابن غازي (10) أنه لما قدم أبو يحيى الشريف التلمساني (11) مدينة فاس، وتصدى لاقراء التفسير بها في عهد أبي سعيد المريني (الحفيد) استدعى الأمير أعيان الفقهاء لحضور مجلسه. فكان مما ألقاه عليهم، رأي المقري في عمل قرطبة، فبالغ علماء فاس في إنكاره، ورأوا أنه لا معدل عما عومل عليه زعماء الفقهاء من اعتماد عمل أهل قرطبة.

وهكذا بقيت هذه النزعة مسيطرة على علماء المغرب حتى زمن متأخر كما يظهر من رد عبد القادر الفاسي على ابن عرضون (12) متعصبا لعلماء قرطبة ناعيا عليه مخالفتهم، مدعيا أنهم وحدهم القادرون على ترجيح الأحكام واستنباطها واستخراجها (13).

على أن عمل قرطبة، وإن كان له هذا النفوذ وهذا السلطان على الفقهاء فإنه لم يكن دائما محترما لدى فقهاء المغرب، إذ كثيرا ما كانوا يخالفونه ويقفون ضده.

---

9) انظر هذه المسائل التي خولف فيها مذهب الإمام مالك وابن القاسم في الأندلس في كتاب «مفيد الحكام» لابن هشام الصفحة الأخيرة (مخطوط) وفي كتاب (مجالس الحكام» للقاضي المكناسي (مطبوع على الحجر).

10) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن غازى العثماني المكناسي امام حافظ مؤلف مكثر ولد عام 841 وتوفي عام 919 هـ

11) أبو يحيى عبد الرحمن بن محمد الشريف التلمساني فقيه مفسر ولد في رمضان سنة 757 هـ وتوفي في رجب سنة 826 هـ

12) أبو العباس أحمد بن الحسن بن يوسف بن عمر الزجلي القرشي الغمارى المتوفى سنة 992 هـ

13) المعيار الجديد للوزاني : 7 / 380.

وفي هذا الصدد يحكى عن الفقيه علي بن هارون (14) أنه قال : «إن لم يعتمد على عمل أهل المدينة مطلقا دون تقييد ولا تفصيل، وهي مستقر الوحي ومنزل الرسالة، فكيف يترجح بعمل أهل قرطبة» (15).

كما يحكي السجلماسي أن من الأئمة من لم يتابع أهل قرطبة على عملهم في جواز توكيل مقدم القاضي عن محجوره كالوصي، بل عمل فيه بالمنع» (16).

ولم يكن في بعض الفترات يعم جميع مدن الأندلس (17) فيذكر أن عمل غرناطة مثلا كان على خلاف عمل قرطبة (18).

هذا ما يتصل بعمل قرطبة، أما في المغرب فقد كان العمل يختلف من عاصمة لأخرى.

فعمل فاس كان يختلف عن عمل مراكش، ففي مسألة تزكية اثنين من اللفيف، كان يعمل بها بمراكش، ولا يعمل بها في فاس ويصور هذه الحقيقة الوزاني قائلا : «إنه قد لا يزكى منه (أي اللفيف) أحد، فيحكم به كذلك وهو كذلك على ما جرى به عمل فاس، خلافا لما كان كان عليه العمل بمراكش من وجوب تزكية اثنين من اللفيف» (19).

كما يختلف عنه في اعتبار مدة ستة أشهر، فأهل مراكش لم يكونوا يعتبرونها على خلاف شهود أهل فاس (20).

---

14) أبو الحسن علي بن موسى عرف بابن هارون فقيه نوازلي توفي سنة 951 هـ

15) فتح الجليل الصمد (مخطوط).

16) نفس المصدر.

17) تحفة الأكياس : 1/ 241.

18) المصدر : 2/ 75.

19) تحفة الأكياس : 2/ 107.

20) تقييد في شهادة اللفيف (مخطوط خاص).

وهذا لا يعني أن عمل فاس كان مقصورا عليها بل هو شامل لغيرها (21) لكن ليس في كل شيء..

وقد اتخذ علماء سبتة عملا يخصهم كما يظهر من عملهم في جواز توكيل مقدم القاضي من ينوب عنه في التصدق على المحجور وبيعه على خلاف المشهور (22).

وعمل تلمسان وقسنطينة كان مخالفا لعمل قرطبة وفاس في كثير من الأحكام (23).

واستحدث الغماريون عملا خاصا بهم طبقوه في بلادهم فقد تناقلت كتب النوازل فتاوى لم نر العمل جاريا بها عند غيرهم من مثل : اعطاء المرأة قسمة مساوية للرجل في العمل إذ كانت تقاسمه فيما ينتج بينهما من زرع أو ضرع (24).

كما جرى عملهم بنوع من الشركة في الماشية لا توجد إلا في بلدهم إلى غيرها من المسائل..

إلا أن العمل الذي كانت له شهرة أكثر من غيره - بعد عمل قرطبة هو عمل فاس والقيروان، لشهرة المدينتين العلمية، ولاحتوائهما كبار العلماء الذين يعول عليهم في الاستنباط والتخريج وتعليل الأحكام ولتوافرهما على جامعة علمية كل واحدة منهما كانت معقل الفقه المالكي والفقهاء، مما جعل عملهما يطبق في مجموع البلاد التونسية بالنسبة

---

21) توحد العمل في المغرب في العصور الأخيرة بحيث لم يعد هناك إلا ما جرى به عمل المغرب دون التنصيص على محليته.

22) فتح الجليل الصمد (مخطوط).

23) نفس المصدر.

24) انظر : «ابن عرضون الكبير حياته وأثره ص : 209.

لعمل القيروان والمغربين الأقصى والأوسط بالنسبة لعمل فاس. وهكذا لما كانت قرطبة وفاس والقيروان عواصم علمية لأقاليمها اشتهر بهذه الأسماء، وإلا فهو مطبق فيها وفي غيرها..

غير أن ما يجدر ذكره في هذا السياق - أعني تنوع العمل - هو ذلك التهافت الذي كان يدفع العلماء لأن يوجهوا هذا العمل وجهة إقليمية اتسمت في بعض الأحيان بالتعصب الإقليمي تدفعهم روح الوطنية الضيقة، فيؤلفوا للناس أجوبة يزعمون أنها تتمشى وطبيعة بلدهم.

وكثيرا ما اتخذوا سندهم في ذلك دوران العمل على العرف فحيث كان العمل مبنيا على الأعراف، وحيث أن الأعراف تختلف من بلد إلى بلد فلا مانع من أن يؤلف لكل بلد عمل يناسبه في أحواله وتصرفاته ونوازله وحوادثه، فلا معنى لأن يظل عمل بلدة ما مسيطرا على بلدة أخرى.

وعلى الرغم من أن هذا المستند يبدو من الوجهة النظرية معقولا إلا أن غرض بعض الفقهاء لم يكن دائما يتسم بالجدية الشيء الذي يتنافى مع روح التشريع الحق..

وبالفعل فقد رأينا بعض المؤلفات ما بين منظوم ومنثور راجت في المغرب في العصور المتأخرة - قبل توحيد العمل في المغرب - لم تكن تخلو من إسفاف - فتجيء إما مكررة لما سبقها أو تتمشى في جلها أو كلها مع ما هو معروف من الفقه المالكي ضرورة، بحيث يجيء الكتاب متضمنا لما هو متداول في كتب المذهب ليس فيه من الطابع المحلي ما يبرر إطلاق الإسم عليه.

وهكذا لما شاع عمل فاس، وأكثر فيه الفقهاء التأليف صار بعض الفقهاء ينظمون منظومات أطلقوا عليها اسم البلد الذي ينتمي إليه صاحبه كمنظومة عمل سوس لأبي زيد عبد الرحمن الجشتمي التي تتمشى مع ما هو معروف في الفقه المالكي ولا تخالفه إلا في النادر، ومنظومة عمل تطوان لأبي العباس أحمد الرهوني التطواني (25) إلى غيرها..

ونشير إلى أن العمل في المغرب قد توحد في السنين الأخيرة بحيث لم يعد هناك عمل يطبق في منطقة بعينها، بل عم مجموع أنحاء المغرب وأصبحت المسطرة تجرى موحدة، إذ طلب من القضاة أن يحكموا في النوازل بما شهر من مذهب مالك أو راجحه، أو ما جرى به العمل فتقيدوا بذلك ولم يعد هناك أي مبرر يتعلق به القضاة بعدما نظمت المسطرة وتقاربت أحوال المجتمع وتوحدت ظروفها وأعرافها وعاداتها وتقاليدها..

المبحث الثاني

مخالفة العمل للقول المشهور

المعروف أن القاضي إما أن يكون مجتهدا أو مقلدا له قدرة الترجيح أو مقلدا ليست له هذه الصفة.

فالمجتهد : يجب عليه أن يحكم بما أداه إليه اجتهاده، والمقلد الذي له قدرة الترجيح، عليه أن يحكم بما ترجح لديه، وهذان سدت في

---

25) هذا العمل لم أقف عليه، وإنما حدثني به الأستاذ الفاضل المطلع محمد بوخبزة ؟

وجوههما الباب منذ قرون بدعوى الوقوف مع المصلحة العامة. وسدا لذريعة دعوى الاجتهاد أو الترجيح ممن ليس له ذلك..

وأما المقلد الذي ليست له قدرة الترجيح، فالواجب عليه الوقوف مع مشهور مذهب الإمام أو الراجح أو المعمول به بحيث لو حكم بغير ذلك نقض حكمه.

وحيث وجد في المسألة القول المشهور أو الراجح (26) والقول المعمول به، قدم في الحكم والفتوى القول المعمول به، لأن العمل إذا جرى ممن يقتدى به بمخالف المشهور لمصلحة وسبب، فالواقع في كلامهم أنه : «يعمل بما جرى به العمل وإن كان مخالفا للمشهور، وهذا ظاهر إذا تحقق استمرار تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا فالواجب الرجوع إلى المشهور، هذا هو الظاهر» (27).

ففي التبصرة : «جرى على ألسنة كثير من الفقهاء والمفتين أن ما جرى به العمل مقدم على المشهور» (28).

نظم ذلك أبو زيد الفاسي فقال :

وما به العمل دون المشهور   مقدم في الأخذ غير مهجور

ووجه ترجيح ما جرى به العمل على المشهور، مع أن كلا منهما

---

26) في كتاب «توضيح الأحكام» 1/ 22 ذكر مؤلفه أن القول القوى يعبر عنه بالمشهور والأشهر والصحيح والأصح والأقوى والمذهب والظاهر والحسن والأحسن والراجح والأرجح والمعتمد وبه القضاء وبه الفتوى وبه العمل».

27) نتائج الأحكام : 2 / 46.

28) التبصرة : 1 / 58.

راجح (29). إن في الخروج عما جرى به العمل تطرق التهمة إلى الحاكم، ولذلك وجب عليه اتباع العمل سدا للذريعة، لأن التعرض لرد ما جرى به العمل ليس بالأمر الهين (30).

غير أن هذا يتعلق بالمقلد الصرف الذي ليس له قدرة على الترجيح أو الاختيار أو استنباط الأحكام، فإذا رجح بعض المتأخرين المتأهلين للترجيح قولا مقابل المشهور لموجب رجحانه عندهم، وأجروا به العمل في الحكم تعين اتباعه فيقدم مقابل المشهور لرجحانه على المشهور بموجبه لا بمجرد الهوى (31).

على أن ما جرى به العمل لمصلحة يدور معها ما دامت تلك المصلحة وذلك السبب، وإلا وجب الرجوع إلى المشهور.

وقد يعبرون بالعمل عما حكم به الأئمة لرجحانه عندهم لا لعرف ولا لمصلحة، وهو كثير في مختصر «خليل» (32)، وتحفة ابن عاصم، لأن القاعدة عندهم أن أهل المذهب إذا قالوا عليه العمل وأطلقوا كان مشهورا وإذا قالوا عليه عمل قرطبة أو عمل فاس أو عمل القيروان.. كان ضعيفا (33).

---

29) نقول كلا منهما راجح لأن العمل إذا جرى بشيء أصبح مساويا للقول المتفق عليه والراجح والمشهور والمساوى لمقابله.
انظر : الشفا للوزاني مخطوط خ. ع. بالرباط رقم 1679.
وذكر القاضي أبو بكر ابن العربي في العواصم 2/ 267 أن القاضي إذا حكم في مسائل الخلاف بأحد القولين يمضيها ويرفع الخلاف فيها فمهما جرى العمل في المسألة تصبح في قوة المشهور.

30) انظر حاشية الوزاني.. على الزقاقية ص : 289.

31) نور البصر ص : 131.

32) ضياء الدين أبو المودة خليل بن اسحاق الجندى له مؤلفات عدة، توفي عام 776 هـ على أرجح الأقوال.

33) الأمليات الفاشية (مخطوط السيد محمد حنانا).

والعمل الذي يعبرون به عن الراجح يجب أن يستمر على حاله، ولا تجوز مخالفته حتى يثبت عن قضاة العدل وأهل الفتوى من ذوي العلم المقتدى بهم، أنهم رجعوا عنه وعملوا بخلافه لمصلحة أو ظهور دليل قوي أو نحو ذلك، فالعمل كان قديما بقول ابن القاسم باعتبار الحال في المحجور دون الولاية، ثم جرى العمل بقول مالك باعتبار الولاية، ثم جرى في المائة التاسعة بقول ابن القاسم..

فكثيرا ما يحدث هذا بحيث يجري العمل قديما بشيء ثم يجرى العمل بخلافه (34).

ويجب التنبيه إلى أن العمل يجري بخلاف المشهور للأسباب الآتية :

أ ـ لدرء مفسدة.

ب ـ أو لجلب مصلحة.

ج ـ أو لضرورة.

وهذه بعض الأمثلة توضح ذلك :

فمما خولف فيه المشهور.

1 ـ مسألة المضغوط على إعطاء مال، يبيع شيئا من أصوله لافتكاك نفسه بثمنه، فالمشهور فيها أنه لا يلزمه، وأنه يرد إليه ما باعه بلا ثمن، إلا أنه لما كثر الجور وشاع الضغط، مال كثير من المحققين من متأخري الفقهاء إلى لزومه، وذلك لأن الذهاب مع المشهور يؤدي إلى بقاء المضغوطين تحت العذاب ولا ينقذهم من ذلك إلا إعطاء المال الذي ضغطوا فيه غالبا وحيث كان الأمر كذلك، فالمحافظة على النفس

---

34) البهجة : 1/ 22.

والعرض مقدمة على المحافظة على المال، وهذا القول قال به ابن كنانة (35)، واستحسنه الفقهاء المتأخرون، وقد حاول الفقيه القوري الإفتاء بالمشهور في هذه المسألة، فأخر عن الشورى، مما يدل على احترام الفقهاء والرأي العام لما جرى به العمل (36).

2 ـ ومن ذلك مسألة البالغ المولى عليه إذا أحسن التصرف في المال، فمشهور قول مالك أنه لا ينفك عنه الحجر، إلا بالإطلاق فلوليه رد أفعاله ما لم يطلقه اعتبارا بالولاية دون الحالة، ومشهور قول ابن عاصم عكسه، اعتبارا بالحالة دون الولاية، وكان العمل بقول مالك حتى رأى المتأخرون كثيرا من الناس يتحيلون على تضييع أموال الناس فيكتمون عنهم الحجر، ويتصرفون بمرأى من أوليائهم ولا نكير، حتى إذا بدا لهم، أظهروا رسم التحجير، وقالوا نحن محجورون ولا يلزمنا ما عقدناه من المعاملات، ولا نقوم ما أتلفناه من الأموال والمبيعات، فعدل المتأخرون إلى قول ابن القاسم بلزوم تصرفاتهم اعتبارا بأحوالهم دون ما تحيلوا به من الولاية إبطالا للخديعة وسدا لطريقها..

وقد علم من قواعد الإمام مالك سد الذرائع فيما يكثر التحيل به على الفساد (37).

3 ـ ومن ذلك مسألة توجه اليمين في الدعاوى المشهور: أنها لا تتوجه إلا بعد ثبوت الخلطة، ليلا يتسلط أهل الفجور على إلجاء أهل

35) عثمان بن عيسى بن كنانة، جلس مجلس مالك بن أنس بعد وفاته. توفي سنة 281 هـ.

36) انظر الدر النثير ص : 2 م 19 ـ ونو البصر ص : 169 وقد جرى العمل بهذه المسألة كما يحكي الرباطي في «فتح الجليل الصمد» في القرن التاسع الهجرى.

37) نور البصر ص : 169.

المروءة بالدعاوى الباطلة إلى الأيمان لكي يصالحوهم بمال عن اليمين، لأن كثيرا من الناس - الصلحاء منهم - يستصعبون اليمين، وإن كانوا محقين، صونا لأعراضهم، أو غير ذلك من أغراضهم سوى مسائل معدودة تتوجه فيها دون ذلك..

ولما كثر في الناس إنكار الحقوق، وقل فيهم الإيمان، وعزت المروءة، حكم الأندلسيون ومن وافقهم بتوجه اليمين وإن لم تثبت خلطة، لأن فساد أحوال الناس تنزل منزلة ثبوت الخلطة وقد توسط بعض المحققين فرأى أنها لا تتوجه بمجرد اليمين فيما يستبعد كالدعوى على المعروف بالصلاح وعلى المرأة التي لا يعرف عنها أنها تخرج إلى الناس وتختلط بهم، وهذه المسألة هي التي يقول فيها التسولي «ولعمري إن هذا هو الصواب في هذا الزمان القليل الخير» (38).

4 - ومنها : مسألة الأرض تزرع غصبا أو تعديا، ولم يقع فيها تفاوض حتى فات الإبان. المشهور : أن الزرع لزارعه وعليه كراء المثل للأرض، والشاذ أن الزرع لصاحب الأرض وأفتى به المازري مع جماعة من الفقهاء ولما رأوا كثرة التعدي والغصب، فيتوصل المعتدي إلى مراده إذا لم يرد رب الأرض أن يكريها له، فيحرثها بلا إذن، ثم يماطل بالتفاوض حتى يخرج الإبان، فيحاكمه فيها بالمشهور فيتوصل إلى غرضه من حرثها بالكراء. وقد كان ربها لا يرضى بحرثها بأكثر من كراء المثل، فصار مجبورا على قبول كراء المثل. فإذا كثر هذا التعدي في ناحية من الأنحاء، ترجح الشاذ على المشهور لهذا العارض، حفظا لأموال الناس عن أخذها بغير طيب نفس (39).

---

38) حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق ص 2 ملزمة : 24.

39) نور البصر ص : 170.

5 ـ ومنها ، مسألة شهادة اللفيف، فإن أصول الشريعة تقتضي عدم قبولها، وذلك لأن الله شرط في غير ما آية ، العدالة في الشهادة، وهي اجتناب الكبائر، وغالب الصغائر، وسائر المباحات التي تزرى بالإنسان، وتحط من قدره فقال ، «وأشهدوا ذوي عدل منكم» (40) «يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى قوله وليكتب بينكم كاتب بالعدل» «واستشهدوا شهيدين من رجالكم» (41) «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت اثنان ذوا عدل منكم» (42).

فهذه الآيات شرطت في الشاهد بين الناس، وجود شرط يميزه من مطلقهم، ويربأ بنفسه أن يحابى أو يميل في شهادته، وهو العدالة، وقد عمل الناس على اعتبار هذا الشرط في الشاهد دهرا طويلا، ولكن حيث كانت هذه الفئة موجودة بكثرة مبثوثة بين الأمة في سائر الحواضر والبوادي والقرى والمدن والأمصار، وكان الحال يساعد على حضور أفرادها أو احضارهم في كل زمان ومكان، وبعبارة حيث كانت العدالة كثيرة في الناس بتظاهرهم بالخير والصلاح، وتمالئهم عليه، وفشو العلم المرقى للأخلاق فيهم، فلما ضعفت هذه الصفة فيهم ضعفت العدالة تبعا لها كذلك، وقلت في الناس، وتعذر على الناس أمر الشهادات في الجملة (43)

ولما صار الحال إلى هذا الحد من العسر، اهتبل أولو الأمر من القضاة وأعيان العلماء بهذه المسألة، وأجازوها للضرورة قياسا على ما أجيز

40) سورة الطلاق 2.

41) سورة البقرة : 281.

42) سورة المائدة : 108.

43) ينظر مقال زنيبر المنشور بملحق جريدة المغرب عدد : 1 أبريل 1938.

للضرورة من شهادة الصبيان فيما يجري بينهم من جرح أو قتل، وشهادة النساء فيما يجري بينهن في المآتم والأعراس.

يذكر أبو حامد الفاسي أن شهادة اللفيف قد جرت في مجلس القاضي أبي الحسن علي بن عمران فقال : إنه لا مستند لها، وإنما هو شيء اصطلح عليه المتأخرون لتعذر وجود العدول في كل وقت وكل موضع وكل نازلة فلم يكن من الحاضرين غير ذلك (44).

ويحكي «الجلالي» (45) أنه أدرك الكبار من أشياخه منعوا شهادة اللفيف في المعاملات فضلا عن الأنكحة حتى اشتكى الناس من ضياع الأموال والحقوق فانتقلوا إلى جوازها فيما يتفق حدوثه دون أن يحضر عدول (46).

فهذه الأمثلة وغيرها كثير - تبين أن ما جرى به العمل بغير المشهور هو من قبيل تغير الأحكام عند تغير الأسباب، وليس خروجا عن المشهور في الحقيقة وواقع الأمر ولكن فيه الجري على قاعدة المذهب في المحافظة على مصالح العباد، وحفظ أموالهم. ومن المعلوم أن المشهور ما قوي دليله.

إلا أن ما جرى به العمل ليس كله من هذا القبيل، بل إن الكثير منه جرى في مسائل لم يظهر لها مستند أو كان لها مستند في زمن مخصوص ومكان مخصوص وقلدها المتساهلون في الأحكام أو الجاهلون في مكان وزمان لا مستند فيه، إذ الضرورة تقدر بقدرها، والأحكام تتغير بتغير الزمان والمكان، فرب حكم صالح في زمان ما غير صالح في زمان

---

44) تقييد في شهادة اللفيف (مخطوط).

45) هو أبو سالم ابراهيم بن عبد الرحمن بن عيسى بن ابراهيم الشهير بالجولالي القاضي النوازلي المتوفي آخر جمادى الأخيرة عام 1047 هـ.

46) نفس المصدر السابق.

غيره، ورب حكم صالح لأشخاص في بلد غير صالح لأشخاص آخرين في مكان آخر.

وكثير من المسائل جرى بها العمل وهي مخالفة للنصوص مخالفة صريحة لا ندري ما هو مستندهم فيها ومنها مثلا :

1 ـ قولهم جرى العمل بترك اللعان مطلقا أو للفاسق فقط، ومقتضاه أن قضاة العدل كانوا لا يمكنون الزوج منه إذا وقع سببه، ورفع إليهم الزوج قضيته، وهذا فيه مخالفة صريحة لما ورد في القرآن الكريم، فإذا كان سبب اللعان نفي الولد، وأراد الزوج أن يلاعن لينفي عن نفسه ولدا أجنبيا عنه، فكيف يسعهم أن لا يمكنوه منه، وهو أمر واجب عليه ليلا يرثه الأجنبي، ويخلو ببناته من غير أم ذلك الولد، وغيرهن من محارمه، كأم الزوج وأخته، ويبنى عليه غير ذلك من لوازم المحرمية، وذلك ـ كما يقول الهلالي : منكر بالإجماع (47) وإزالة المنكر المجمع عليه لازم للقادر بالإجماع، وقد صرح بجريان العمل بتركه الشيخ الزقاق في لاميته، ونظمه أبو زيد الفاسي فقال :

واترك لفاسق وغيره اللعّان   وهو لفاسق فقط بغير ثـان

علق المهدي الوزاني على هذا البيت بقوله : «ما ذكره الناظم من جريان العمل بالترك مشكل، لا سيما في حق العدل، لأن اللعان ثبت بالكتاب والسنة...

«والحق أنه إن كان لنفي نسب وجب» (48).

---

47) نور البصر ص : 173.

48) تحفة الأكياس : 1/ 57.

وكذلك انتقده الهلالي في نور البصر (49) والحجوي في الفكر السامي (50).

2 ـ ومنها : فتواهم بأن طلاق العوام كله بائن، ولو كان في مدخول بها دون عوض، ولا لفظ خلع ولا حكم حاكم، معللين ذلك بأن العوام لا يعرفون معنى الرجعي، وهذا هو مستند الكثير منهم، وفتواهم بذلك كما يذكر الهلالي : «باطلة، واحتجاجهم بما ذكر باطل، لأن الحكم على الطلاق بالرجعي والبائن حكم شرعي، وضع له الشرع سببا فإذا وجد سبب الرجعي فالطلاق رجعي، ولا يتوقف على معرفة المطلق لمعنى الرجعي ولا لشروطه، ولا على نية أنه رجعي، ولا على عدم ظنه بائنا، وإذا وجد سبب البائن فالطلاق بائن، ولا يتوقف على معرفة المطلق لمعنى البائن، ولا لشروطه، ولا على نية البينونة، ولا عدم ظنه رجعيا» (51).

ويقول أيضا : «وقد شاعت الفتوى في التحريم بالواحدة في هذه الأقطار مع خلوها من المستند المذكور، والواجب هو الجري على المشهور (52)

3 ـ ومنها : مسألة اعتداد المطلقة ذات الأقراء بثلاثة أشهر ذكر الزقاق وأبو زيد الفاسي أنه جرى به العمل بفاس، وذلك معتقد كثير من النساء والعوام، وهو باطل قطعا لمخالفته صريح الكتاب والسنة ولا وجه له كما أشار له شراح الزقاقية والعمل الفاسي، ولعل الذين قالوا بهذا

49) نور البصر : 173.

50) الفكر السامي : 4/ 300.

51) نور البصر : 173.

52) نور البصر ص : 171.

العمل غرهم ما نقل عن ابن العربي من كون المرأة لا تصدق في انقضاء العدة بالقرؤ في أقل من ثلاثة أشهر، لقلة الأمان، ولأن الغالب من عادة النساء الحيض أن يحضن مرة في الشهر، فلا تصدق في دعوى النادر إلا ببينة..

روى عن ابن العربي المعافري أنه قال : «عادة النساء عندنا حيضة واحدة في الشهر، وقد قلت الأديان في الذكر، فكيف في النسوان فلا أرى أن تمكن المرأة المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق، ولا تسأل عن الطلاق كان في أول الطهر أو آخره» (53).

وهذا كما نرى ليس فيه الاعتداد بالأشهر كما صرح بذلك الهلالي في نور البصر (54) وإنما هو بالقرؤ، لكن إذا ادعت أن القرؤ كملت في مدة معتادة وهي ثلاثة أشهر صدقت، وإن ادعت ذلك في أقل من المتعارف لم تصدق، لفساد الزمان وقلة الأمان، وإن كان المشهور تصديقها فيما أمكن، ولو نادرا فلم تمكن من التزويج بدعواها في النادر، وأما لو أقرت بعد ثلاثة أشهر بأن القروء لم تتم، فلا يقول أحد يباح لها النكاح لتمام عدتها بالأشهر.

ثم إن المطلقة إذا كانت ممن تحيض وعدتها بالأقراء، فهي كما قال تعالى : **(والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قرؤ)** فإذا ادعت انقضاء عدتها وأنها رأت الحيضة الثالثة فالمشهور فيها أنها تصدق فيما يمكن فيه ذلك ولو شهرا، وجرى العمل بأن لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر (55).

---

53) الفكر السامي : 4/ 300.

54) نور البصر : 173.

55) شرح الزقاقية للتاودى : ص : 3 م 22 على هامش حاشية التسولي.

4 ـ ومنها : ما جرى به عمل فاس من عدم رد الدواب بالعيب إذا قام به المشتري بعد شهر، ولا يعرف في ذلك مستند. إلا فتوى صدرت من أبي عبد الله العبدوسي فجعلوها قاعدة مطردة. وقد أشار إليها أبو زيد الفاسي في نظمه :

(وبعد شهر الدواب بالخصوص   بالعيب لا ترد فافهم النصوص)؛

وقد بحث هذا العمل الشيخ الهلالي فانتقده مصرحا بأن الصواب... ركوب جادة المذهب وترك تلك الفتوى خاصة في النازلة التي وقعت فيها، وإمامة العبدوسي لا تنكر وليست تقتضي أن يترك المذهب كله. وتلغى نصوص جميع أئمة المذهب لفتواه التي لم يظهر لها مستند. ولعله راعى شيئا لا يوجد عند من يريد تعدية فتواه، وجعلها قاعدة مطردة (56) إلى غير هذا من النظائر التي سنفصل القول فيها في مبحث التطبيقات.

---

56) إلا أن المهدي الوزاني رد على الهلالي واصفا ما ذهب إليه بأنه بحث لا يسلم له. (تحفة الأكياس : 1/ 62).

الفصل الثالث

علاقة العمل بغيره من الأَدلة

المبحث الأول :

علاقته بالعرف

لا يظهر كبير فرق بين ماجرى به العمل وبين العرف، فتعارف الناس شيئا وتعودهم عليه، معناه : عملهم به، ولذلك رأينا كثيرا من العلماء لا يفرقون بينهما، بل يجعلونهما شيئا واحدا..

وليس معنى هذا أنه لا يوجد من يفرق بين الاثنين، ولكن رغم هذه الفروق التي فرقوا بها، فإنها ليست حاجزا تمنعهما من أن يلتقيا فالعمل نفسه مبني على العرف ـ كما سبق ـ والعرف هو السبب لقيام العمل، فكان العمل ما هو إلا العرف في شكله المتطور والعمل بمعنى العادة قديم، فقد ورد في كلام سحنون ما يفيد ذلك، عندما قيل له : أترى للمعلم سعة في إذنه للصبيان اليوم ونحوه ؟ قال : «مازال ذلك من عمل الناس مثل اليوم وبعضه» (1) يذكر «الحجوى» أن العمل كثيرا ما يكون تابعا للعرف مثل : أدوات المنزل منها ما يكون للزوج، ومنها ما يكون للزوجة بحسب الأعراف والعوائد، فكل بلد يحكم له بعرفه، وكذلك ألفاظ الطلاق والعقود، كل بلد يرجع إلى عمله وعرفه (2) فأنت

(1) انظر كتاب التربية في الإسلام والتعليم في رأي القابسي تأليف الدكتور أحمد فؤاد الأهواني ص [illegible] طبعة عيسى [illegible]

(2) انظر الفكر السامي : 4 / 229.

تراه لا يفرق بينهما بشيء، وجاء في «تحفة الأكياس» أن غالب نظم عمل فاس مبني على الأحكام العرفية (3).

ويذكر أيضا في هذا الصدد. أن عمل فاس غالبا يتبع القول الموافق لأعراف الناس (4).

كما أن أبا زيد الفاسي صرح في النظم بأن «عمل فاس يتبع الأعراف» (5).

وورد في «لامية الزقاق» «على العرف عولا» (6).

وجاء في مقاصد الشريعة الإسلامية لعلال الفاسي «ان العوائد والأعراف تعتبر سببا للأحكام الشرعية. فهي بهذا الاعتبار من مصادرها. ولذلك كانت سببا في قيام العمل» (7) وسبق أن بينا أن ابن خلدون اعتبر عمل أهل المدينة عرفا وهكذا نرى غالبية الفقهاء يذكرون العرف مصاحبا للعمل ومرادفا له. فيقولون : هذه المسألة جرى بها العرف والعمل.

فالوزاني مثلا : يقرن العمل بالعرف ـ غالبا ـ من اطلاق أحدهما على الآخر (8)، وابن فرحون ـ في التبصرة ـ لا يفرق بينهما أيضا (9)

---

3) 1 / 3.

4) انظر تحفة الاكياس : 1 / 4.

5) منظومة العمل الفاسي البيت : الثالث.

6) لامية الزقاق فصل ما جرى به العمل بفاس.

7) مقاصد الشريعة الاسلامية ومكارمها ص : 153.

8) انظر تحفة الاكياس : 1 / 14.

9) يظهر ذلك من خلال رد الشيخ مصطفى الرماصي عليه متهما اياه بانه خلط بين ما جرى به العمل وما جرى به العرف. انظر حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي لتحفة الحكام : 1 / 431.

هذا رأى غالبية الفقهاء، وفي مقابل هذا الرأي نجد من يفرق بينهما بالفروق الآتية :

1 - ان ما جرى به العمل يقدم على غيره في المعاملات والعبادات، بخلاف العرف، فلا أثر له في العبادات اطلاقا (10).

2 - ان العمل لا بد فيه من شروط لكي يعتبر. أما العرف فانما هو جرى عادة عوام الناس بشيء، فالضرورة حاكمة بالفرق بين العمل الذي يكون ممن يقتدى بهم من الأئمة الأعلام، وبين العادة التي تتبعها العوام (11).

3 - ان العرف والعادة : فعل العوام شيئا المرة بعد المرة، والعمل إنما هو ممن يقتدى بهم من العلماء.

هذه هي الفروق التي فرق بها بعض الفقهاء بين العرف وبين ما جرى به العمل، وهي - كما يبدو - لا تنهض دليلا على ضرورة الفرق بينهما وذلك لما يلي :

أ - ان الفقهاء ليسوا متفقين على إجراء العمل في العبادات، بل أن جمهور المحققين منهم يمنعون ذلك، ويقصرونه - فقط - على المعاملات، كما أن العرف ليس محل اتفاق بينهم من حيث عدم تأثيره في العبادات، إذ هناك مسائل كثيرة هي من صميم العبادات أحال الفقهاء فيها على العرف، فالخلاف الجاري في هذا جار في ذاك. وإذا كان الأمر كذلك لم يبق لهذا الفرق معنى..

---

10) انظر تحفة الأكياس 2 / 25

11) رفع العتاب والملام ص : 20.

ب ـ أما بالنسبة للفرق الثاني فهو أكثر ضعفا من سابقه، إذ العرف بدوره اشترطت فيه شروط لا بد من توافرها، فليس العمل وحده هو الذى اشترطت فيه هذه الشروط..

جـ ـ وأما بالنسبة للفرق الثالث فهو الذي يمكن اعتباره فرقا وجيها في الجملة، إلا أن مايرد عليه هو أن العمل يجرى بناء على عرف الناس وعاداتهم، وهو السبب الرئيسي في قيامه فاعتباره واضح فيه..

المبحث الثانـي :

علاقته بالمصالح المرسلة

لا أريد هنا أن أبحث المصلحة المرسلة والتوسع فيها، لأنها أشبعت بحثا ودراسة، ولكن قصدى أن أربطها بما جرى به العمل، وأوضح العلاقة الموجودة بينهما، ولذلك سأقتصر على النقاط التي لابد من ذكرها محيلا في التفاصيل على المصادر التي فصلت القول فيها :

يقرر الفقهاء أن كل حكم شرعي وراءه مصلحة سواء أدركها العقل أم خفيت عنه.

الا أن المصلحة التي ورد حكم من الشارع بتحقيقها تسمى مصلحة معتبرة، والتي ورد النص بعدم اعتبارها سميت مصلحة ملغاة، وان هو لم يعتبرها ولا ألغاها، سميت مصلحة مرسلة، أي لم تقيد بقيد، وهي التي يقصدها الفقهاء عند الاطلاق، وقد وصفها بعضهم بأنها لون من القياس

على النصوص (12) ثم أن الفقهاء اختلفوا في اعتبارها والغائها. فبعضهم غالى في اعتبارها حتى قدمها على النصوص القطعية. بينما رفضها البعض الآخر رفضا مطلقا ويقف المالكية منها موقفا وسطا.

فنجم الدين الطوفي يرى أن المصلحة تقدم على النصوص القطعية. وعلى الاجماع إذا تعارضت معه. والظاهرية رفضوا العمل بها ولم يعتبروا إلا النصوص من كلام الله أو من كلام رسول الله (ص). أو ما صح عنه (ص) من فعل أو تقرير. أو اجماع من جميع علماء الأمة. وليس غريبا هذا الموقف من الظاهرية ما داموا ملتزمين بظاهر النصوص لا يتجاوزونها.

والشيعة لا يختلفون عن الظاهرية في هذا الشأن إلا أنهم يرون أن الدين انما يتلقى عن معصوم (13).

ويرى القرافي أن جميع المذاهب عملت بالمصلحة. ورد على من زعم أن الاحتجاج بالمصلحة من خاصة المالكية قائلا : «وإذا افتقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهدا بالاعتبار لذلك المعنى الذى جمعوا أو فرقوا. بل يكتفون بمطلق المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة. فهي حينئذ في جميع المذاهب» (14) كما صرح بأن «المصلحة المرسلة غيرنا يصرح بانكارها. ولكنهم عند التفريع تجدهم يعللون بمطلق المصلحة. ولا يطالبون أنفسهم عند الفهم

12) ينظر بحث الدكتور علي جريشة في مجلة الوعي الإسلامي السنة : 14 عدد 1 / 1978.
13) المصلحة ونجم الدين الطوفي ص : 62 د : مصطفى زيد.
14) شرح تنقيح الفصول ص : 200

والجوامع بابداء الشاهد لها عالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة» (15).

ورأى القرافي هذا صحيح، إذ بالنظر إلى كتب المذاهب الأخرى يتضح أن كل الأئمة قالوا بها، وأن اختلفت التسميات. فالشافعي أدخلها في باب القياس، وأبو حنيفة صنفها في باب الاستحسان، وأحمد ابن حنبل اشتهر بها شهرة مالك.

وعلى هذا يمكن القول بأن المصلحة كدليل شرعي مسلم به من لدن جمهور الفقهاء، إلا أن الإمام مالكا يفترق عن هؤلاء في كونه عدها من أصول مذهبه.

وإذا تخطينا هذا الجانب متجهين إلى أدلة اعتبار المصلحة سنرى أن الأدلة التي ساقوها لاعتبارها عديدة نجمل أهمها فيما يلي :

أ ـ إن الشارع دل عليها فيما بين لنا من أحكام، فالله سبحانه لما بين لنا أحكام الصيام عقبه بقوله : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (16).

وذكر أحكام الوضوء فقال : (ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج) وبين الصلاة وقال : (إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر) (17) ولما أمر بتحويل القبلة قال : (ليلا يكون للناس عليكم حجة) (18)، وذكر حكم

---

15) نفس المصدر.

16) البقرة : 148

17) العنكبوت : 45

18) البقرة : 150

القصاص وأتبعه بقوله : ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ (19) وكأنه بذلك يلفت نظر العلماء إلى اعتبار هذه المصالح..

ب - إن المصلحة من حيث هي معتبرة تدور مع مقاصد الشارع حسبما استقرىء من أحكامه..

جـ - ثبت أن الصحابة اجتهدوا بناء على المصلحة. فأبو بكر جمع المصحف، وعمر دون الدواوين وسك العملة. وعلي ضمن الصناع. ولا شك أن هؤلاء الصحابة لا يصدرون عن رأي مجرد أو هوى مذموم، وإنما كانوا في ذلك مسايرين لروح النصوص حسبما هداهم إليه فهمهم السليم.

د - النصوص تتناهى وحاجات الناس لا تتناهى، والمصلحة تحقق الاتساع والشمول الكفيلين بمواجهة هذه الحاجات المتجددة..

هـ - اتفق العقلاء على أن المعتبر في كل أمر شيبت فيه المنفعة بالمضرة انما هو جهة المصلحة التي هي عماد الدين والدنيا معا..

حـ - إن الاغراض في الأمر الواحد تختلف، فما يستفيد منه البعض ربما يتضرر منه البعض الآخر، وانما المرجع إلى تحقيق المصلحة. فحيث تحققت وجب المصير إلى ما تتحقق فيه (20).

هذا عن الأدلة. أما عن الشروط المشترطة فيها فهي :

---

(19) البقرة : 179

(20) الموافقات : 2 : 25 - 27

1 ـ الملاءمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلا من أصوله، ولا دليلا من دلائله.

2 ـ أن تكون معقولة في ذاتها.

3 ـ أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري أو رفع حرج لازم في الدين (21).

ثم ان المصالح من حيث هي لا تعدو ثلاثة أنواع :

أولا : مصالح ضرورية : وهي التي تتوقف عليها حياة الناس دينيا ودنيويا، وتنحصر في المحافظة على الأحوال الخمسة : الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال.

ثانيا : حاجية : وهي ما احتاج إليه الناس لرفع المشقة ودفع الحرج عنهم.

ثالثا : مصالح تحسينية : وهي ما يرجع إلى اجتناب ما تأنفه العقول الراجحة والأخذ بمحاسن العادات (22).

وبعد هذا العرض الوجيز للمصلحة، وبيان أصلها، والأدلة المعتبرة لوجودها، والشروط المشترطة فيها، نحب أن نوضح العلاقة بينها وبين ماجرى به العمل وسنرى أنها علاقة واضحة جلية، إذ العمل يتبع المصالح ولأن المصلحة إذا انبنت على اختلاف أوضاع الناس وأعرافهم وعاداتهم

---

(21) الاعتصام : 2 307 ـ 314

(22) الموافقات : 2 30 ـ 42

وتقاليدهم كان العمل تابعا لها. وقد حدثت أعراف كثيرة نتيجة اختلاف وسائل الحياة، وجرى عمل الناس بها تبعا لتطور الزمان وتعدد النوازل، ففي عصر سابق نزلت بالناس نوازل وحدثت أحداث ووقائع جديدة. ولا تزال الحوادث تتجدد وتتطور بتطور الزمان، وتعظم كلما تقدمنا في الزمان، فالناس اليوم سائرون مع الحضارة وماتبرزه من جديد كل يوم من اكتشافات، وصناعات، واتساع عمران، وتشابك المصالح، مما أنشأ تقاليد وأعرافا جديدة تقتضي أن تبنى المصالح عليها، فحيث يبلغ الأمر مرتبة الحرج الشديد، وتعم به البلوى، تصبح الحاجة إليه ماسة، بحيث لا يمكن الفكاك عنه، وجب على الفقيه أن يوجد لذلك حكما يراعي فيه تحقيق المصلحة، ولو كان هذا الحكم جاريا على القول الضعيف، أو الشاذ.

وقد سبق القول أن الأصل في العمل بالضعيف إذا كان لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، أو جلب مصلحة، فهو على أصله في المصالح المرسلة، بشرط أن لا تصادم هذه الأحكام المستجدة نصا من نصوص الشريعة، ولا مصلحة أقوى منها، أو جريان عرف عام (23).

ونعثر في كتب الفقه والنوازل على أقوال كثيرة ومسائل عديدة جرت فتاوى الفقهاء فيها على الشاذ والضعيف تحقيقا للمصلحة المعتبرة، وهكذا رأيناهم يصرحون بأن «هذا الحكم مخالف لمشهور المذهب، أو

---

(23) الفكر السامي : 4 : 227.

مخالف للنصوص. ولكن أفتى المتأخرون به لمصلحة ظهرت لهم» فبيع الصفقة مثلا عند المتأخرين مخالف للنصوص. ولكن جوزوه لتحقيق مصلحة البائع الذى يريد بيع حصته. فلو لم يبع الجميع صفقة. دخل عليه الضرر من طرف الشركاء. فرخص الفقهاء له في البيع صفقة حتى لا يتضرر بفعل تماطل الشركاء. وعدم استجابتهم لرغبة من يبيع حظه (24).

فهم اعتمدوا في هذا على المصلحة التي تتحقق للبائع. وكذلك فعلوا في مسألة شهادة اللفيف. جوزوها لتحقيق مصلحة. فلو عدم العدول. لتوقفت مصالح الناس. ولكن الفقهاء راعوا تحقيق المصالح فقبلوا شهادة عوام الناس حتى لا تتعطل مصالحهم.

وكذا الشأن بالنسبة لبيع المضغوط. إذ جوزوا بيعه لما فيه من مصلحة وهو تخليص نفس المضغوط من العذاب. وهو اكد في الاعتبار على الرغم من أن المشهور فيه أنه لا يلزمه وأن يرد إليه ما باعه بلا ثمن وكذلك فعلوا في مسألة تضمين الرعاة. لأن تضمينهم يؤدى إلى حفظ مصلحة أرباب الماشية حتى لا يفرط الرعاة بالغفلة أو التعدى فاعتبرت المصلحة في هذا.

ونفس الشيء بالنسبة لمسألة الجزاء. والجلسة. والحكم لولي القتيل دون شاهد. ومسألة الخماس. وغيرها من النظائر. أفتى فيها الفقهاء مراعاة لتحقيق المصلحة.

---

(24) تحفة الاصحاب والرفقة مخطوط الخزانة العامة رقم 889 د للشيخ ميارد

فإذن ما جرى به العمل له ارتباط وثيق بالمصلحة بل هو جار على وفقها، فحيث تحققت المصلحة للمفتى أو الحاكم في أمر ما، أفتى بجواز العمل فيه طبقا للمصلحة المتحققة.

والمتأخرون من الفقهاء لهم في هذا مستند اعتمدوا عليه، وهو الاقتداء بعمل السلف، فالعمل بالمصلحة عمل به الخلفاء الراشدون، فأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكموا في أشياء لم تكن موجودة على عهده (ص)، فجمعوا القرآن الكريم في المصحف، لأن المصلحة اقتضت ذلك خشية الضياع، واتفقوا على حد شارب الخمر ثمانين جلدة مستندين في ذلك إلى المصلحة، واتفقوا على تضمين الصناع، مع أن الأصل في الصانع أنه أمين، وقد شاطر عمر الولاة الذين اتهمهم في أموالهم، وأراق اللبن المغشوش، وقتل الجماعة بالواحد، وقد أجاز مالك بيعة المفضول وأجاز للإمام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيا أن خلا بيت المال، إلى غير ذلك (25).

المبحث الثالـــث

علاقته بالاستحسان

الإستحسان لغة : مصدر استحسن مأخوذ من الحسن، ومن ثم يطلق على كل ما تميل إليه النفس وتهواه..

---

(25) تنظر هذه الامثلة وغيرها مفصلة في كتاب الاعتصام للشاطبي 2 298

وهو من الأدلة المختلف فيها. والذين يذهبون إلى القول به، يستدلون على حجيته بآيات قرآنية، وأحاديث نبوية، منها قوله تعالى : (الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه) (26) وقوله تعالى : (وامر قومك يأخذوا بأحسنها) (27) وقوله تعالى : (اتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم) (28)، ومن الحديث قوله صلى الله عليه وسلم (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) (29) وقد تضافرت المصادر على أن الإمام مالكا رضي الله عنه أخذ به..

فقد ذكر القرافي أن الإمام مالكا رحمه الله قال به في عدة مسائل : في تضمين الصناع المؤثرين في الأعيان بصنعتهم، وتضمين الحمالين للطعام والأدام دون غيرهم (30) بل روى عنه أنه قال : «الاستحسان تسعة أعشار العلم» (31).

وقد اختلف الأصوليون في اعتباره دليلا مستقلا من أدلة الأحكام وأصلا من أصولها أو عدم اعتباره كذلك.

فلإمام أبو حنيفة وأصحابه يرون أن الاستحسان أصل من أصول التشريع يحتج به في الأحكام، واعتبره الإمام أحمد كذلك.

---

(26) سورة الزمر : 17

(27) سورة الاعراف : 145

(28) سورة الاعراف : 2

(29) تقدم الكلام عن هذا الحديث وما قيل فيه في قسم العرف

(30) تنقيح الفصول ص : 23

(31) الموافقات 4 118

أما الشافعي فانه أنكره أشد الانكار، وقال فيه قولته الشهيرة «من استحسن فقد شرع» (32).

وليس المجال هنا لتتبع كل ماقيل في الاستحسان، فمحله غير هذا ولكن القصد هو إيضاح العلاقة بينه وبين ماجرى به العمل، إذ هدفنا أن نثبت أن كثيرا من المسائل قالوا إن العمل جرى بها استحسانا وهكذا وجدناهم يقولون : الأصل في هذه المسألة كذا جريا على القواعد ولكننا نستحسن أن يكون الحكم كذا، فهم عدلوا عن حكم إلى حكم آخر، لتحقيق مصلحة أو درء مفسدة، هكذا لاحظ فقهاء المالكية، وتكاد تكون المسائل التي جرى العمل بها عندهم من هذا القبيل، ومعنى ذلك أنهم وجدوا في المسألة دليلين أحدهما عام أو ظاهر، والآخر خاص أو خفي، فكان مقتضى الظاهر أن تأخذ حكم نظائرها مما دل عليه الدليل الظاهر، ولكن بعد التأمل وجد أن الدليل الآخر أقوى وأرجح، فعدل بها عن حكم نظائرها إلى حكم آخر.

فتضمين الصناع مثلا جاء على خلاف الأصل، لأن الصانع أمين في الحقيقة، والأمين غير ضامن، إلا إذا ثبت أنه تعدى، لكن ضمنوه استحسانا. وكذا السلم، هو من بيع المعدوم المنهي عنه، ولكن أجمعت الأمة على استحسان العمل به، وكذا استحسنوا دخول الحمام من غير تقدير أجرة ولا عوض عن الماء ولا تقدير مدة المكث، وكذا شرب الماء من يد السقائين من غير تقدير العوض ولا مقدار الماء المشروب لأن التقدير في

32) الشافعي لابي زهرة : 301.

مثل هذا قبيح في العادات. فاستحسنوا ترك المضايقة فيه. مع أن ذلك لا يجوز في بيع ولا إجارة. وكذا الأمر بالنسبة للاستصناع. فهو شراء معدوم والأصل أن لا يجوز. ولكن أجيز استحسانا والقرض في الأصل ربا لأنه مبادلة العين بالعين إلى أجل. لكنه أبيح استحسانا بحيث لو بقى على أصل المنع لأصاب الناس جرح. والاطلاع على عورات الناس في التداوي ممنوع أصلا لتحريم رؤيتها. واستحسن ذلك لرفع الضرر. والمزارعة والمساقاة على القاعدة العامة توجب منع انعقادهما لجهالة البدل فيهما. ولكن استحسن ذلك استحسانا. ومن هذه النظائر أيضا أن القياس الصحيح المطرد أن لا يقضى القاضي بعلمه. ولا بما يسمع في مجلس نظره. لكن الذى قاله ابن العطار خلاف هذا وبه جرى العمل في الأندلس والمغرب.

قال القاضي ابن سهل «وهو استحسان. وهو أن القاضي يقضي على من أقر عنده في مجلس نظره بما يسمع منه وأن لم تحضره بينة. وجرى بهذا العمل في الأندلس قبل القرن الرابع الهجري» (33).

المبحث الرابـــع

علاقته بتشريع أولى الأمر

من المقطوع به أن الشريعة الإسلامية هي قوانين الهية صرفة لا دخل فيها لأحد من البشر. لأن مشرعها هو الله تعالى على لسان نبيه

(33) نوازل ابن سهل ص : 7 مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم : 86 ق

صلى الله عليه وسلم، وهذه القوانين منها ما علم من صريح النصوص، ومنها ما أخذ بطريق الاجتهاد تحقيقا لمقاصد الشريعة، وكل تشريع جاء طبقا لمنهاج الشريعة، وجاريا على مبادئها مقبول، وكل تشريع كان خارجا عن نطاق مبادئها وأهدافها مرفوض، ومن هنا كان تشريع أولى الأمر ينقسم تبعا لذلك إلى :

أ - صحيح مقبول : وهو ما كان مستمدا من مصادر الشريعة الإسلامية ومسايرا لمقاصدها.

ب - باطل مرفوض وهو ما كان بخلاف ذلك.

وقد ثبت تاريخيا أن بعض الخلفاء والسلاطين قد سنوا قوانين وتشريعات بطريق الاجتهاد بعد استشارة أولى الرأي والاجتهاد كلما دعت الضرورة والمصلحة العامة، تحقيقا لمقاصد الشريعة من تشريع الأحكام، وكل تشريع بنى على هذا الأساس يجب اعتباره ويصبح مندرجا في أصول الشريعة (من كتاب وسنة وإجماع)، ويكون راجعا إليها دون أن يستقل بنفسه ويصبح أصلا قائما بذاته، وفي القرآن الكريم والسنة النبوية ما يؤيد هذا الرأي.

جاء في كتاب الله (ياأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم).

وورد أنه صلى الله عليه وسلم قال : (اسمعوا وأطيعوا وان استعمل عليكم عبد حبشي كان رأسه زنيبة) وقوله عليه السلام : (من رأى من

34) سورة النساء 58.

أميره شيئا فكرهه فليصبر، فانه ليس أحد يفارق الجماعة شبرا فيموت، إلا مات ميتة جاهلية) (35) وقوله صلى الله عليه وسلم : (السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب أو كره، مالم يؤمر بمعصية) (36) وقوله : (إنما الطاعة في المعروف) (37).

على أن الخلفاء الراشدين والأئمة بعدهم قد اجتهدوا في عدة مسائل متجددة عرضت عليهم فحكموا فيها. بأحكام اجتهادية فتلقاها أهل الرأي من الأمة بالقبول.

ويجب أن نعلم أن السياسة الشرعية هي التي يتركز عليها هذا اللون من التشريع الصادر من قبل الخليفة أو الإمام، لأن الناس قد تدعوهم ضرورات الحياة الاجتماعية المتجددة إلى سن أحكام وقوانين لما قد يحدث في عصرهم من قضايا لا عهد لهم بها، اعتمادا على اجتهادهم أو استشارة ذوي الكفاءة من الأئمة والفقهاء، ولا يخرج هذا التشريع عن القضايا التالية.

أ ـ ما يرجع إلى ضبط المسائل الإدارية كالتراتيب الإدارية وجباية الخراج، وتنظيم الشرطة، وتقدير الأرزاق لموظفي الدولة، وغيرها من القوانين التي دعت إليها الحاجة، ولم تكن معروفة سابقا.

ب ـ ما يرجع إلى الزجر والمحافظة على الأمن وردع الظلمة والمجرمين، وتنظيم أحوال الناس، وغير ذلك من المسائل التي تدخل في

---

(35) صحيح البخاري : 9 63.

(36) نفس المصدر

(37) نفس المصدر.

نطاق السياسة الشرعية، بما يحقق ذلك من العقاب والتأديب والتعزير، من سجن وضرب ونفي وحتى القتل أن اقتضى الحال..

جـ - ما يرجع إلى تفسير الأحكام ان اقتضته السياسة الشرعية، ودعت إلى ذلك ضرورة تحقيق المصلحة..

لهذه الأسباب يحق لولاة الأمر أن يشرعوا الأحكام بعد النظر والاجتهاد، واستشارة ذوي الرأي من العارفين، لا يستقلون برأيهم في أي أمر كان، بل عليهم أن يتقيدوا بأحكام الشرع في المسائل التي لانص فيها باستشارتهم للفقهاء المجتهدين، ولهذا شرعت الشورى فيما يتجدد من الأمور، فالرسول عليه السلام شاور أصحابه في بعض القضايا، والأئمة من بعده كانوا يستشيرون أهل العلم فيما يتجدد لهم، ليأخذوا بما هو أوفق بهم وأرفق.

وكان عمر بن الخطاب أبرز من ذهب على هذا النهج، فكان إذا حلت به نازلة جمع لها أصحاب رسول الله (ص) ثم جعلها شورى بينهم، وبفتواهم يقتدى.

وكل تشريع يضعه البشر اعتمادا على أفهامهم وادراكهم من غير أن يراعوا فيه أصول الشريعة الإسلامية ومقاصدها فهو تشريع ضال وباطل لا يجوز الإفتاء به، ولا العمل بمقتضاه، ولا الحكم به، لأنه حكم بغير ما أنزل الله، ويحرم في هذه الحالة على الرعية أن تستجيب لهذا التشريع، وهذا اللون من القوانين البدعية، لأنه تحاكم إلى الطاغوت الذي أمرنا أن نكفر به، ونحن إذا رجعنا إلى سيرة الخلفاء وملوك الإسلام وسلاطينهم، رأينا الكثير منهم يتدخل في الأحكام ويعطي أوامره فيها بعد أن يجمع

لها الفقهاء وذوي الرأي والاختصاص. وقد صدر هذا فعلا من بعض سلاطين المغرب فيروى عن الحكم المستنصر أحد ملوك الأندلس أنه استشار فقهاء قرطبة في قضية الزنديق أبي الخير الملقب بأبي الشر الذي كان يسب النبي (ص) فأفتى بعض الفقهاء كالقاضي منذر بن سعيد، وأحمد بن مطرف، وأبي إبراهيم الطليطلي، وغيرهم بقتله وترك الاعذار إليه، وأفتى غيرهم بالاعذار إليه، فأمر الخليفة بالأخذ بما أفتى به القاضي منذر بن سعيد ومن وافقه، فنفذ فيه القتل دون أن يعذر إليه (38).

وأحمد المنصور السعدي جمع الفقهاء واستشارهم في عدة قضايا تضاربت الأقوال في شأنها، وصعب على الفقهاء القطع بأي دليل فيها، من ذلك مسألة شهادة الابن مع أبيه بعدما تضارب فيها رأى الحميدي والسراج (39) وفي مسألة الجلسة حينما وقع الخلاف بين الفقهاء ما بين مجوز ومانع (40) وفي مسألة الحكم لولي القتيل دون شاهد الذي وقع التشكي منها كثيرا، وأفتى الفقهاء فيها بفتاوى مختلفة فتدخل في هذه القضايا وبرأيه جرى العمل (41).

---

(38) نوازل ابن سهل ص : 434 مخطوط خ. ع. بالرباط رقم 86 ق وابو الخير هذا كان يسب اصحاب رسول الله (ص) وقال ان علي كان احق بالنبوة من محمد (ص) وكان يرى الخروج على الائمة ويقول بتحليل الخمر وينكر الحسب والعقاب ويطعن في القران الى غيره من المزاعم الباطلة...

(39) شرح ميارة للتحفة : 1 59.

(40) ازالة الدلسة عن وجه الجلسة للفقيه التماق مخطوط الاستاذ الجليل سيدي محمد المنوني.

(41) شرح السجلماسي لعمل فاس : 2 141.

فحيث حكم الأمير بقول يصبح راجحا ويجرى به العمل، ويوخذ به في الأحكام.

والضابط في كل ذلك أن كل ما عظم خطره وتجاذبته الأدلة وغمض حكمه على القاضي وتعذر عليه، رفع أمره إلى الإمام ليحسم النزاع فيه لأنه قد وسع له في هذه الأمور التي يستعصى الحكم فيها على القاضي مالم يوسع على هذا الأخير إذ له أن يحكم بالقرائن، ويأخذ بالظنة - ان قويت الشبهة وان لم تقم بينة، بخلاف القاضي، فلا يحكم إلا بالبينة العادلة بعد الاعذار والتلوم (42).

قد يقال : إذا كان ولي الأمر لا يعطي رأيه إلا بعد استشارة ذوي الرأي من العارفين، وبناء على أقوالهم دون أن يستقل برأيه، فان الحجة في أقوالهم وآرائهم، لا في قوله ورأيه، فلا يصح إسناد التشريع إليه..

والحقيقة أن ولي الأمر وان اعتمد على آراء الفقهاء المجتهدين، وعلى أخذ رأيهم في المسألة، إلا أن له قوة التأثير في النصوص يوجهها حسبما تقتضيه الشريعة وما تتطلبه سياسة الدولة..

فهو يستمع إلى الأدلة وقد تتضارب مع بعضها تبعا لا ختلاف رأى الفقهاء، فيأخذ بأقواها أويختار أضعفها بناء على ما تحقق لديه من مصلحة تطلبتها الظروف والملابسات، فيكون اختياره لأحد الأقوال بمثابة ترجيح له، فمهما اختار قولا أصبح راجحا يجب العمل به وترك غيره، ألا

(42) انظر : كناشة عبد السلام الناصري - مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم : 2295 د ص

ترى أن مسألة أبي الخير التي أشرنا إليها آنفا اختلف الفقهاء في شأنها ما بين مؤيد للقتل وعدم الاعذار ومخالف. فكان رأى الحكم المستنصر أن يأخذ بأحد الدليلين حسما للخلاف. وكذا مسألة شهادة الابن مع أبيه تضارب فيها رأى الحميدي والسراج فكان لابد للسلطان أحمد المنصور (43) من أن يتدخل ليحسم النزاع حتى لا تبقى المسألة بعيدة عن الحكم الشرعي تتقاذفها الآراء والاختلافات. وقل مثل ذلك في بقية النظائر. فمهما حكم ولي الأمر بشيء أصبح المصير إليه متعينا. لأنه قد وسع له في الرأى والحكم. مالم يوسع على غيره. وصح بذلك اسناد التشريع إلى أولي الأمر. بناء على ماترتضيه قواعد الشريعة وتتماشى معها.. وحيث رجح الأمير قولا أصبح العمل جاريا به لا يعدل عنه إلى سواه.

المبحث الخامـــس :

ماخذ على ماجرى به العمل

أشرنا فيما سبق إلى أن بعض الفقهاء كان ينظر إلى ما جرى به العمل نظرة تختلف عن النظرة السائدة لدى معظم الفقهاء. وضربنا مثلا على ذلك بالقاضي أبي عبد الله المقرى وأبي بكر الطرطوشي. ومن سار على نهجهما. إلا أن هذه الرؤيا كانت محدودة. وأصحابها لم يكونوا من الكثرة بحيث يكون لهم تأثير على مجريات الأمور المتعلقة بالتشريع. وبقيت النصرة دائما إلى جانب المؤيدين والمتحمسين. لأنهم كانوا إيجابيين في نظرتهم للأمور. يقدمون حلولا لما يتوقع حدوثه من

43) ابو العباس احمد المنصور السعدي - سلطان المغرب - المتوفى عام 1012هـ

مسائل ونوازل، وما يستجد من أحداث تلزم العالم بأن يستخدم عقله وفكره، وينزل الأحكام على النوازل الطارئة، تحقيقا للمصلحة، ومراعاة للضرورة الملجئة.

وبينما كان هذا الفريق إيجابيا في تفكيره، واقعيا في منهجه وعمله، كان الفريق الآخر يكتفي بالجمود على النصوص دون أن يقدم حلا ثانيا يرضي ضمير المجتمع، ويحقق أهدافه من الحياة التشريعية الملائمة، تقوده إلى السلامة دون أن تعرقل مساره واتجاهه.

ولعل الحجج التي يتذرع بها الفريق المنتقد لنظرية الأخذ بما جرى به العمل تبدو في ملاحظات نجملها في النقاط الآتية :

1 - إن ما جرى به العمل لم يرجع فيه إلى مدرك من مدار التشريع المعروفة من سنة أو اجماع، بل رجع فيه الفقهاء إلى كتب المتأخرين فقط، فمتى وجدوهم حكوا العمل بقول من الأقوال في مسألة ما أو قضية من القضايا أخذوه مسلما، والتزموا العمل به قضاء وفتوى متابعين بعضهم بعضا.

2 - كثير من المسائل التي قيل إنها جرى بها العمل لم تعرف إلا عند المتأخرين بعدما شاع التقليد وانقطع الاجتهاد، وفترت العزائم وقصرت همم الفقهاء عن الاستنباط والتخريج، وهذا وحده كاف في ضعف حجته وأصالته.

3 - إن هذا العمل مجهول أصله من حيث المشرع (القاضي أو المفتي) الذى عمل به أولا، سواء من حيث الشخص أو الزمن أو المكان أو

السبب الذي من أجله حكم به، إذ لا يعرف ما إذا كان هذا الفقيه الذي حكم به قدوة مؤهلا للترجيح وبذل الوسع في استنباط الدليل أم لا ؟

4 ـ وكما أن هذا العمل مجهول أصله من حيث الشخص والزمان والمكان والسبب، فهو مجهول الأصل من حيث المستند كذلك، فلا يدري المستند الذي استند إليه من اختاره عملا يجوز به الحكم وتحل به الفتوى، هل يرجع إلى دليل من أدلة التشريع من نصوص أو كليات أصولية أو قواعد عامة مما يستند إليه السلف الصالح في التشريع والاجتهاد أو إلى شيء آخر ظهر له.

5 ـ من المعلوم أن العمل يجب أن يكون جاريا على المشهور أو الراجح. أما إذا كان العمل جاريا على القول الشاذ، فلا يجوز إلا لمجتهد بأن ظهر له رجحانه لسبب من الأسباب، والمعروف أن المقلد لا يجوز له أن يحكم بالشاذ أو الضعيف، إذ نص الفقهاء على أن القاضي الذي حكم بالضعيف يشترط فيه أن يكون عدلا لا جائرا، عالما لا جاهلا، وأن يكون ممن يقتدى به في الترجيح (44).

لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ما هو مصلحة وما هو مفسدة وما هو ذريعة إلى أحدهما، وما هو في رتبة الضروريات أو الحاجيات أو التحسينات، وليس هذا في وسع المقلد مطلقا.

6 ـ وبهذا خالف المتأخرون قواعد التشريع لدى المتقدمين بالتزامهم ما جرى به العمل مطلقا دون أن يعرفوا سبب العمل به، سواء

---

(44) نور البصر ص : 164.

من حيث الأشخاص المشرعون وهم المجتهدون أو من حيث الضوابط العامة التي كانوا يعتمدونها، بل انهم خالفوا في تلك الشروط التي اشترطوها فيما جرى به العمل، ولو حافظوا عليها في التطبيق لضمنت له أصالته في التشريع، ولكنهم كانوا في بعض الأحيان - يتسامحون في اشتراط هذه الشروط المشترطة. على أن المتأخرين لم يتهاونوا في قبول ما جرى به العمل فحسب، ولكنهم تهاونوا في قبول الراجح والمشهور يأخذون بهما دون أن يعرفوا من رجحه أو شهره ولا على أي شيء استند في ترجيحه وتشهيره من أصول التشريع. ولا شك أن هذا مما يقلل من أهمية هذا اللون من التشريع.

7 - إن المتأخرين من الفقهاء أفرطوا في التقليد لما رجحه الفقهاء أو عملوا به·وأخذوه في مرتبة النصوص القطعية متقبلين ذلك باقتناع تام معتقدين أنه الحق الذي لا عوج فيه، ولا محيد لأحد عنه، دون أن يتطلعوا إلى معرفة الأساس التشريعي الذي بنى عليه ذلك، وانما همهم فقط الاكتفاء في البحث عن أقوالهم، فمهما وجدوا للمتأخرين قولا رجحوه أو حكوا العمل به، قالوا بهذا جرى العمل، فان هم سئلوا عن ذلك أجابوا : بأن هذا رجحه فلان أو هذا جرى به العمل على قول فلان، وأصبح الاستدلال بذلك قائما على الأشخاص لا على الدليل، وفي هذا مخالفة للصواب.

8 - كثيرا ما تكون هذه العمليات التي قيل انها جرى بها العمل لا أصل لها، وانما هي مجرد دعوى لا غير، فهي بذلك شبيهة بدعوى الاجماع في مواضع الخلاف وهذا لاحجة فيه..

9 - إلى مافي هذه العمليات من لبس وغموض. إذ يعتقد المقلد عندما يسمع أن هذا القول جرى به العمل. أن العمل جرى به بين جميع القضاة وفي أجيال مختلفة. أو أنه من جنس عمل أهل المدينة المستند إلى النص في الجملة. وهو اتباع آثار السلف الصالح من الصحابة والتابعين مع أن الأمر ليس كذلك.

10 - وإذا لم يقبل عمل أهل المدينة عند الجميع وهو مستند إلى الدليل في الجملة. فماذا يكون موقف المتشبث بالعمل المطلق أو الخاص فيما لو جرى بالضعيف. ولذلك ذهب البعض (45) إلى أن ما جرى به العمل لدى المتأخرين يستحيل من حيث الأصول أن يوجد ما يبرره في الاطار العام. سواء قيل أن أصله راجع إلى الاقتداء فيه بقاض معين. كانت له قدرة الترجيح والاستنباط أو راجع إلى عرف خاص. إذ في الحالة الأولى يكون الترجيح قائما على الشخص لا على الدليل. والحجة لا تقوم إلا على الدليل لا على الشخص. وأما في الحالة الثانية. فاننا لو ذهبنا إلى أن أصل هذا العمل راجع إلى عرف معين في بلد معين. فان هذا لا يصح. لأن العرف الخاص لا يعم الحكم به في البلدان الأخرى التي لا تسير وفق ذلك العرف. وكذا الشأن بالنسبة للعرف العام. لأن العرف يتجدد باستمرار فلا يمكن أن يستمر العمل المرتبط به بعد انتهائه. ولو فرضنا أن هذا العرف العام لم يتجدد بل ظل على ما كان

---

45) انظر كتاب : «الاجماع واثره في التشريع الإسلامي» وهي رسالة تقدم بها استاذنا الفاضل محمد حمادى الورياغلي لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية من دار الحديث الحسنية.

عليه. ففي هذه الحال يبقى العمل مرتبطا به جامدا وأيضا فان العرف العام من شأنه أن يكون معروفا لدى الجميع يستوى في ذلك العوام والعلماء على سواء. والعمل ليس كذلك. إذ لا يعرفه إلا العلماء المطلعون على أسرار التشريع المتثبتون في الأحكام...

11 ـ ثم ان اقتصار الفقهاء على ما جرى به العمل المصرح به في المؤلفات يتجه بهم نحو التقليد. ويقتل فيهم حب البحث الخلاقل ويشيع فيهم الجمود الفكري. وهذا يصبح شرا عليهم وعلى التشريع. لأن هذا من شأنه أن يصير الفقيه عاجزا عن استيعاب أحداث الحياة. وعن التطور مع الزمان. على حين أن الأحداث في ازدياد والتطور مستمر. وهذا لا يؤدي إلا إلى موت الفقه وجموده. فلكي يبقى الفقه قويا وناميا يجب أن يظل متفاعلا مع حياة الناس ويظل عاملا في اتجاهين :

أولا : العمل على توحيد الأحكام بتوحيد المسطرة وتقريبها من القضاة.

ثانيا : العمل على تشريع أحكام جديدة للمستجدات التي تحدث باستمرار. إذ لا يشك أحد أن هناك أنواعا من المعاملات تتجدد وأنواعا من المشاكل تحدث. وهي في حاجة إلى أن تسن لها أحكام مناسبة لا سيما بعد أن اتصل عالم الاسلام بالعالم الخارجي. وأخذنا نقتبس من حضارته وفتح العالم الاسلامي بابه للمؤثرات الأجنبية. وانقاد الناس لأحكامه. وأخذت المعامل تشيد في العالم الاسلامي على غرار معامل الغرب. وبماله وتقنياته وتنظيماته وخبرائه. واستجد نظام تجميع العمال وتهييء النقابات وتعدد الشركات. وانشاء التعاونيات. وأحداث التأمينات

وغيرها من المشاكل الآخذة في التكاثر والشيوع. وهذا يتولد عنه بلا ريب ـ مشاكل تلزم الفقيه بأن يتدخل ليحسم الموقف. ويعطي الحلول الملائمة لشريعة الاسلام. تتمشى وفق أهدافه ومقاصده. فمن ذا الذي يعطي لها الحلول المناسبة من أحكام ما دام هذا التقليد قد استحكم أمره في عقول الناس عامهم وخاصهم. جاهلهم وعالمهم. ولو ترك فقهاء الاسلام هذه المشاكل وهذه المستحدثات تجرى وفق مناهج الغرب وقوانينه الوضعية الجائرة يكونون بذلك قد تركوا شطرا مهما من معاملات المسلمين تسير على قوانين أجنبية. وفيها الكثير مما ينافي أحكام الاسلام. ونفتح بذلك الباب واسعا لأعداء الاسلام يصمونه وفقهه بالعجز والقصور والجمود. مع أن الفقه الاسلامي يمتاز بالمرونة والخصوبة بما حواه من كثرة الأصول وشتى القواعد الكلية. وهذا من شأنه أن يضمن للفقه العملي التكيف مع الزمان مهما كثرت ويحدث للقضايا الطارئة مهما تعقدت الأحكام المناسبة في سهولة ويسر. أما أن يكتفي بالتقليد ويلزم كل من القاضي والمفتي وكل من يشتغل بالفقه القول : بهذا جرى العمل. دون أن يعلم أصله من الأدلة. ولا الأسباب الداعية إليه ولا من عمل به. فهذه كفيلة بأن تقوض أركانه. وتقلل من أهميته. ولا تفيده في شيء.

12 ـ إن هذا العمل نفسه قد تعدد تبعا لا ختلاف القضاة والمفتين. فربما كان ما جرى به العمل متعددا حتى في القضية الواحدة فجاء الاختلاف والاضطراب من جديد. واحتيج إلى المقارنة والترجيح فيما بين هذا العمل وذاك وهذا ناتج عن كون الفقهاء لم يضبطوا هذا الاتجاه بمبدأ عام يجب اعتباره لدى الجميع.

هذه هي الملاحظات والمآخذ التي يمكن أن توخذ على هذا اللون من التشريع، ورغم ما في هذه الانتقادات من وجاهة، إلا أن ذلك لا يجعلنا نسلم بكل ما جاء فيها، كما أنها لا يمكن أن تقلل من قيمة هذا المجهود الذي بذله الفقهاء المتأخرون في اهتدائهم إلى كثير من الحلول المناسبة ومسايرتهم لحالة التطور البشرى، ونرى أهمية هذا العمل في مبحث قادم..

المبحث السادس :

تطور الفقه المالكي من خلال ماجرى به العمل

بالرغم من بعض السقطات التي بدت في هذا اللون من التشريع، وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت إليه والمعارضة التي لقيها الفقهاء المسترسلون مع العمل من لدن البعض الآخر. فان هذا اللون من التشريع الذي اهتدى إليه الفقهاء هو عمل جليل، ومجهود في ميدان التشريع كبير إذ برهن الفقهاء بذلك على أنهم قادرون على مجابهة المستجدات، والمشكلات الواقعة أو المتوقعة، وأعطوا بذلك الحلول للنوازل والقضايا التي لم يرد فيها نص صريح أو ضمني، وأثبتوا بذلك أنهم قادرون على ملاحقة التطور البشرى والتغير الزماني. كما دللوا على أن الفقه المالكي فقه قابل دائما للتطور لمرونته وقوة قابليته للاستمرار والبقاء واستيعابه لكل ما يجد على ساحة المعاملات.

وأثبتوا عمليا أن التخريج والاجتهاد في المذهب لم يغلق، إذ لم يجمد الفقهاء على النصوص المدونة في الكتب، ولا قنعوا لأنفسهم

بالاكتفاء بما ورد في القضايا من أراء وأقوال، ولكنهم بحثوا على الدليل بطريق الاستنباط والتخريج، تسعفهم في ذلك ثروة القواعد وكثرتها في الفقه المالكي، هذا الفقه الذي يعد فقها عمليا يعتد بالواقع، ويأخذ بالعرف والعادات، ويستند إلى المصالح المرسلة التي هي من أجل قواعد المالكية في هذا الباب، وهكذا اقتنع الفقهاء بأن قواعد الفقه وما يكتنفها من أعراف وعادات لا ينبغي أن تلبس ثوب التأبيد، الذي يبعد عنها كل تطور وتجديد، فالجمود في التشريع العملي لا معنى له، ولقد أدرك الفقهاء ذلك فأخضعوه للتطور، إذ هو صفة لا زمة للمجتمع وما الفقه إلا مادة اجتماعية تتأثر بما يتأثر به المجتمع، ومن الطبيعي أن الاجتهاد بالرأي يترتب عليه اختلاف في وجهات النظر، والتفاوت في أصدار الأحكام، وما ذلك إلا لأن العقول متفاوتة والقضايا مختلفة، وظروف الزمان والمكان والأعراف متباينة، والفقيه يتأثر حتما بالبيئة وظروفها..

ولقد قرر الإمام القرافي : «أن أمر الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع، وجهالة في الدين» (46).

وأثبت «أن كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة» (47).

ونبه إلى أنه «ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنه من أهل المذهب الذي منه المفتي وموضع الفتيا فلا يفتيه بما عادته أن

---

46) الأحكام ص : 68

47) المصدر

يفتى به حتى يسأله عن بلده. وهل حدث لهم عرف في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا ؟ وان كان اللفظ عرفيا فهل عرف ذلك موافق لهذا البلد في عرفه أم لا ؟..» (48).

وفي موضع آخر يقرر أننا «لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه. وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه. لم نفته إلا بعادته دون عادة بلدنا» (49).

هكذا قرر القرافي وهكذا وضع الفقهاء في حسبانهم التغيير الذي يطرأ على المجتمع بفعل تغير الأحوال والظروف. فكانوا يصدرون أحكاما للوقائع والحوادث طبقا لمصالح الناس وقضاياهم. عالمين بأن دستور الإسلام لم يسلك مسلك الاستيعاب الجزئي. بل ترك التفاصيل والجزئيات لأهل الرأي والاجتهاد. ليستنبطوا أحكام ما استجد لهم على ضوء الواقع. ويساير مصالحهم وظروفهم كلما دعت الحاجة إلى ذلك. على أن المصدر عندما يكون صالحا للتجديد والتطور. فهو كاف في الاستمداد منه والاستنباط من عمومه ومطلقاته. ولا يغيره بعد ذلك عدم اهتمامه بالجزئيات والتفاصيل...

فنظرية الأخذ بما جرى به العمل والتي هي ابتكار مغربي تحمل في طياتها مبدأ التطور التشريعي في البلاد في دائرة الشريعة الإسلامية ـ

---

48) المصدر ص : 71

49) الأحكام ص : 68

طبعا. وذلك ما يفسر لنا أن الفقهاء المغاربة كانوا ذوي نظر دقيق إلى مجموع الثروة الفقهية في الإسلام. فأقوال الفقهاء وآراؤهم المختلفة ـ تبعا لتطور الاعتبارات ـ مورد خصب لكل الذين يريدون الاستمداد من مجهودات السلف والسير على منوالها.

يقول القانوني الفرنسي «إيرنسط زايس» فيما جرى به العمل ـ بعد أن وصفه بالفقه المتطور ـ «على أن القضاة المسلمين لهم فقه لا يزال يترقى ويتحسن شيئا فشيئا حسب الضرورة. ومن هذه النظرية يتمتع المغرب بثروة من التصانيف لا تخطر بالبال. ولا شبه لها بما توصف به أحيانا. إذ تجد به مؤلفات فقهية جديرة بالاعتبار. صنفت خلال القرن 11 هـ وكتبا أخرى حديثة العهد يترأى الشرع الإسلامي من خلالها شرعا حيا. ومجالا لأفسح الأبحاث» (50).

إن الفقهاء المغاربة تأثروا في نزعتهم هذه بكل ماله علاقة بالمجتمع. لدرجة أنه لا يمكن أن تفسر أي ظاهرة من تاريخ المغرب. دون أن نضع أمام أعيننا الأوضاع الفقهية فيها. إذ كان هو عصب الحياة فيه. تشهد بذلك هذه المؤلفات المدونة في هذا الباب. وغالبها يهتم بفتاوى تتعلق بمشاكل الناس وقضاياهم. وكتب الشروط أو الوثائق التي تدلنا على الكثير من دقائق الأشياء. وتبين لنا تقاليد الناس وسننهم التي جرى بها عملهم. وتطلعنا على مدى أصالة التشريع المغربي وتأثره بالبئية الاقليمية.

50) مجلة الأحكام العدلية. العدد : 1 ص : 10 كانت تصدر بالرباط.

وهذا يدفعنا لأن نرد تلك القولة الشائعة بأن الفقهاء المالكية لشدة تقليدهم لشيوخهم، واتباع آرائهم والتزامها دون أن ينزعوا إلى التجديد، أدى بالفقه المالكي إلى الجمود والتحجر. فهذه قولة فيها كثير من التحامل، وجهل بحقائق هذا الفقه، إذ ليس هناك جمود ولا تحجر. وإنما هناك تفتح واجتهاد، وإلا كيف نفسر تمرد الكثير من الفقهاء على أصول مذهبهم، ومخالفتهم لها في كثير من القضايا والجزئيات، لا حظوا أن تتبع المذهب فيها يؤدى إلى الحرج.

الفصل الرابع

تطبيقات على تأصيل نظرية الأخذ بما جرى به العمل

تطبيقات على تأصيل نظرية الأخذ بما جرى به العمل

تمهيـــد :

اتضح مما سبق أن ما جرى به العمل عند الفقهاء أقسام :

1 - قسم يجرى وفق القول المشهور في المذهب.

2 - وقسم يجرى على القول الضعيف فيه.

3 - وقسم يجرى بخلاف النصوص القطعية.

4 - وقسم يجرى في مسألة لم يرد فيها نص.

5 - وقسم يجرى فيما لا يكون فيه دليل صريح ولكن فيه شبهة دليل.

6 - وقسم يجرى وفق الدليل لكنه خارج المذهب.

فهذه ستة أقسام، لا بد من توضيحها بالأمثلة قبل أن ننتقل إلى التطبيقات.

أ ـ فمثال ما وافق القول المشهور : العقوبة بالمال، فقد جرى العمل فيها بعدم الجواز، وهو المشهور، والشاذ جوازها، فقد أفتى بجوازها جمع من الفقهاء كما سنذكر ذلك بعد.

ب ـ ومثال ما خالف المشهور جريا على القول الضعيف ـ وهذا النوع هو الغالب ـ مسألة بيع المضغوط وبيع الثنيا، وصرف اليمين إلى الطلاق، وتأبيد التحريم للهارب والمخلق، وتضمين الرعاة وشهادة الابن مع أبيه، والعمل بالخلطة، والتحبيس على البنين دون البنات، وتجهيز الشوار والحكم لولي القتيل دون شاهد، والخلع بالاتفاق على الولد بعد مدة الرضاع.. إلى غيرها من النظائر..

جـ ـ ومثال ما خالف النصوص الصريحة : ترك اللعان، إذ هو مصرح به قرآنا وسنة واجماعا، وكذا الاعتداد بالأشهر، بدل الأقراء وترك مراعاة القافة في تحديد النسب وغيرها..

د ـ ومثال ما جرى به العمل في مسألة لم يرد فيها نص (أي المسائل المستحدثة والمستجدة) مثل : مسألة الخماس، والجلسة والجزاء والذكاة بالرصاص وهذا النوع هو الذي ينبغي أن يحصر فيه هذا اللون من التشريع، لأن مهمة العمل : اعطاء حكم لقضية لم يرد فيها نص لا بالحلية ولا بالحرمة فيوجد له المفتى حكما يخصه، أما بطريق القياس أو بارتكاب الضرورة أو لتحقيق مصلحة، أو درء مفسدة، حتى يستطيع التشريع ملاحقة التطور..

وأما ما ذهب إليه العلامة المهدي الوزاني من أنه لا يقال جرى العمل إلا في النازلة ذات الخلاف لا في غيرها (1) فلا يظهر له وجه مقبول فالعمل كما يجرى في المسألة ذات الخلاف يجرى في غيرها. بل أن المفروض فيه أن يجرى في النازلة التي لم يرد في شأنها خلاف أصلا بحيث عريت عن النص.

هـ - ومثال ما جرى به العمل في قضية لم يرد فيها دليل صريح، ولكن فيها شبهة دليل : مسألة الصفقة. وأجرة الدلال..

و - ومثال ما جرى به العمل على وفق دليل خارج المذهب : شهادة اللفيف لأنها توافق مذهب الأحناف الذي يعتبر الناس كلهم عدولا. وكذلك ترك القافة. لأن المذهب الحنفي لا يقول بها..

هذا باعتبار. وباعتبار آخر. يتنوع إلى ثلاثة أنواع :

1 - جريانه في المعاملات.

2 - جريانه في العبادات.

3 - جريانه في مسائل لم تتمحض للعبادات ولا للمعاملات.

فالنوع الأول هو الكثير فيه. وهو المحل الطبيعي لجريان العمل.

---

1) مستدلا في ذلك بما حكاه عن يعيش الشاوي في اعتراضه على ابن عاصم بأن المنع في تبرعات المحجور متفق عليه، فكيف يقول جرى العمل بمنعه، وانما يقال جرى العمل فيما كان مختلفا فيه...
انظر الشفا الذي لا يغادر سقما ولا بأس بنشر ما تضمنه نظم عمليات فاس مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم : 1679 ورقة : 8.

والثاني : مختلف فيه، ويمكن أن نمثل له بقراءة الأحزاب جماعة، والذكر في المساجد أو مع الجنازة، والقراءة على القبور والأضرحة وإعادة الصلاة جماعة في مسجد له إمام راتب، وتثليث الأذان، وتعيين ليلة القدر في السابع والعشرين من شهر رمضان، ورفع اليدين في الدعاء والمسح على الوجه بالكفين بعد الفراغ من الدعاء (2).

والنوع الثالث : وهو الذي لم تتمحض مسائله لا للمعاملات ولا للعبادات، ويمكن أن نمثل له بزخرفة المساجد والأضرحة وبناء القبور والذكاة بالرصاص.

وسنقتصر في هذه الدراسة على النوع الأول، لأنه أوفق لجريان العمل كما أسلفت.

المبحث الأول :

مسائل من الأحوال الشخصيـــة

(1) الاعتـــداد بالأشهـــر

مما جرى به العمل : مسألة الإعتداد بالأشهر، بمعنى أن المرأة المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا، المدخول بها، إذا كانت ذات الأقراء (أي ممن تحيض) فإنها لا تحل للأزواج إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم

2) انظر حاشية الطالب ابن الحاج على شرح ميارة للمرشد المعين : 1 / 177.

طلاقها، وهذا إذا ادعت انقضاء الأقراء (3) فيها. ولا تصدق في انقضاء عدتها في أقل من هذه المدة (4).

ومعنى هذا أن المرأة ـ على ما جرى به العمل ـ إن حاضت ثلاثا قبل انقضاء ثلاثة أشهر، لزم انتظارها إلى تمامها، وإن تمت الأشهر قبل أن تحيض ثلاثا، انتظرت ما بقى لها.

والأصل في العدة، أن المطلقة إذا كانت ممن تحيض فعدتها ثلاثة قروء، كما قال تعالى : «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» (5) فإذا ادعت انقضاء عدتها وأنها رأت الحيضة الثالثة، فالمشهور أنها تصدق فيما يمكن فيه ذلك ولو شهرا. إلا أن العمل جرى بعدم تصديقها في أقل من ثلاثة أشهر (6) فلا بد من أن تعد ثلاثة أشهر مع اعتبار الأقراء، وهذا خلاف المشهور، بل خلاف النص كما سنذكره بعد.

وقد علل المتأخرون ذلك بكثرة فساد الزمان (7).

ذكر القاضي أبو بكر ابن العربي : «عادة النساء عندنا أن تحيض المرأة مرة في الشهر، وقد رقت الأديان فلا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر» (8).

وهذا باعتبار الحلية للأزواج، وأما باعتبار المنع من الارتجاع إن كان الطلاق رجعيا، فتصدق فيما يمكن، ولا يبقى له عليها رجعة فإن

3) الأقراء : جمع قرء يطلق على الطهر وعلى الحيض من قبيل المشترك.

4) انظر شرح العمل الفاسي للسجلماسي : 1 / 85.

5) البقرة : 228

6) انظر شرح التاودي للامية الزقاق ص : 3 م 22.

7) انظر شرح الشجلماسي للعمل : 1 / 86.

8) شرح الزقاقية للتاودي ص : 3 م 22

أراد الزوج ارتجاعها وقالت قد انقضت عدتي، كان القول قولها دون يمين إذا مضى من الزمان ما يشبه أن تحيض فيه ثلاث حيض، ولم يكن له ارتجاعها. وإن استبان كذبها لقصر المدة، راجعها أحبت أم كرهت (9).

وحكم الفقهاء بهذا العمل مخالف لنص الكتاب، وحيث كان كذلك فلا نتردد في القول ببطلانه لأنه إذا كانت العادة في النساء ألا يحضن إلا مرة في الشهر، فإن هذه العادة لا يمكنها أن تطرد في جميع النساء، ومن شرط العادة أن تكون مطردة، كما بينا في شروطها.

2) تجهيز الشـــــوار :

الشوار مثلث الشين كما في القاموس والمصباح، والأفصح فيه الفتح، وهو لغة : أثاث البيت وحوائجه.

واصطلاحا : هو تجهيز الأب ابنته لزوجها وقت الزفاف أو ما تحمله المرأة لزوجها عند البناء.

وقد جرى العمل بفاس أن الغني من أهلها يشور ابنته بقدر ما أعطاه الزوج من الصداق بأن يضيف الأب نفس المبلغ الذي حدد لصداق ابنته، بحيث لو أعطى الزوج أربعين درهما كصداق، وجب على الأب أن يعطى أربعين أيضا ليصير المبلغ ثمانين، وسواء كان ولي الزوجة أباها أو وصيها.

والأصل في الشريعة عدم الزام المرأة وأبيها جهازا، لأن الصداق عوض عن البضع وهو المقصود، ولو كان عوضا عن الإنتفاع بالجهاز - وهو

---

9) انظر تحفة الأكياس : 1 / 54

مجهول ـ لكان فاسدا. فالبضع هو الأصل وما سواه تا بع (10) إلا أن العرف الذي جرى بفاس هو أن الغني من أهلها يشور ا بنته بمثلي الصداق، وذلك بأن يزيد على النقد مثله من ماله. ويقضى عليه بتلك الزيادة إذا امتنع وحصل نزاع بينه و بين الزوج بعد الدخول.

حكى ابن غازى عن العبدوسي أن القضاء والعمل جرى على أغنياء فاس بتجهيز بناتهم بمثل نقدهن زيادة على النقد إن وقع النزاع بعد البناء. وأما قبله فلا يجبر الأب. ويخير الزوج في الرضى من غير زيادة على نقدها أو يطلق ولا شيء عليه (11) وإن حصل النزاع بعد البناء ردت المرأة إلى صداق المثل على أنها لا شورة لها. وهذا العمل خاص بالنقد. أما الكالىء فلا يلزم الأب بإعطاء مثليه بحيث لا يخرج الأب لا مثله ولا مثليه ما لم يصرح الأب بالتزام ذلك. وإلا لزمه (12).

وهذا لا ينفي استحباب التجهيز للأب والوصي بشيء من مال الزوجة زيادة على النقد. لأن ذلك من صالحها. ومما يرغب الناس فيها. لكن من غير اجبار على ذلك.

ومقتضى نصوص الأئمة أن الإلتزام في عقد النكاح يكون باللفظ ويكون بالعادة. وأن الأول يقضى به قبل الدخول وبعده. في حياة الملتزم وبعد موته أو فلسه. ولا يفتقر لحيازة. والثاني فيه التفصيل بين

10) شرح ميارة للتحفة : 1 : 176
11) وشي المعاصم ورقة 58 مخطوط خاص
12) شرح سجلماسي لعمل فاس : 1 : 13

أن يدخل الزوج أولا. ولا يطالب به إلا مادام الأب حيا. فإن مات بطل الإلتزام.

والحاصل أن ما قبل البناء لا خلاف أن الأب لا يجبر على تشوير ابنته بماله وأن ما بعد البناء هو محل الخلاف.

وينبغي التنبيه إلى أن هذا العرف خاص بمدينة فاس. أما غيرها من المناطق المغربية. فإن هذا العرف جار أيضا ولكن من غير اجبار الأب على ذلك. فالشوار يبقى متروكا لاختياره إن شاء فعل. وإلا فلا يلزم بشيء. علما بأن هناك من يشور بناته بأضعاف ما يعطيه الزوج كصداق ولكن إن لم يفعلوا لا يجبرون على أداء شيء.

3) النظر إلى عورة المـــرأة :

المعروف في المذهب المالكي أن المرأة تصدق في داء فرجها وفي بكارتها فيما لو ادعى الزوج أن بفرجها داء أو أنها ثيب. وهو قول ابن القاسم وجميع أصحاب مالك إلا سحنونا (13) فإنه خالف في ذلك. وأفتى بجواز النظر. معللا ذلك بقلة أمانة النساء. وبقوله جرى العمل عند متأخرى الفقهاء (14).

بحيث لو ادعى الزوج أن بفرج امرأته عيبا يوجب خياره وأنكرته واحتيج إلى إثباته. فإن للقاضي أن يمكن من يوثق بخبرهن من النساء - لدينهن ومعرفتهن - النظر لفرجها. وذلك للضرورة الداعية. ولا تصدق

---

(13) ابو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني. فقيه حافظ ورع زاهد صاحب المدونة ولد في رمضان 160 هـ ومات سنة 240 هـ.

(14) انظر : شرح العمل للسجلماسي : 1 31

الزوجة في نفيه، لأنها تتهم أن تدفع عن نفسها، فتصبح الشهادة بذلك ضرورية (15).

ونسب إلى الإمام مالك المنع والجواز معا، والأول منهما هو المشهور، وعليه درج خليل في مختصره إذ قال : «ولا ينظرها النساء» (16).

إلا أن سحنونا نفى أن يكون لمالك قول بالمنع محتجا بأنه ورد أنها ترد بعيب الفرج، ومن أين يعرف ذلك إذا لم ينظرها النساء.

وحكى ابن فرحون في التبصرة عن ابن لبابة أن النظر إليها هو الصواب، لأنها تتهم أن تدفع عن نفسها، فالشهادة على ذلك ضرورية لتعلق حق الغير، وخطأ ابن حبيب (17) فيما ذهب إليه من عدم الرؤية لأن كل من ردها بالعيب يوجب أن تمتحن العيوب بالنساء (18).

ومثل العيب ادعاء الزوج أنه وجدها غير بكر، فالمشهور أن القول قولها، ولكن العمل جرى بأن ينظرها النساء (19).

وللمتأخرين في هذه المسألة فتاوى متضاربة كل تمسك بقول على عادتهم في مثل هذه المسائل التي تدعو إليها الضرورة..

ومثل النساء في هذا الرجل في فرجه بلا فارق بينهما.

---

15) نفس المصدر

16) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 2 254

17) ابو مروان عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي البيرى الفقيه المحدث النحوي المؤلف المكثر، فاقت تاليفه الالف، توفي في ذى الحجة سنة 238.

18) التبصرة ج 2 139 ط : الشرفية

19) شرح ميارة للتحفة : 1 206.

ونظم هذا أبو زيد الفاسي فقال :

وجاز للنسوة للفرج النظـــــر من النساء إن دعا له ضـــــرر

ولا بد في هذا النظر أن يكون بإذن القاضي أو نائبه ولا عذر فيمن وجهه القاضي لذلك ولا يقبل غير العدول عند وجودهم. والأولى أن يكونا اثنين..

هكذا كان هذا العمل جاريا. أما الآن فقد حل الطب المشكل وأصبح كل من المرأة والرجل يعرضان على الطبيب في كل ما يتعلق بعيوب الزوجين. ولعل في أقوال الفقهاء المتأخرين ما يبرر عملهم.

4) تأبيد التحريم للهارب والمخلق

المخلق بتشديد اللام : (إسم فاعل) الرجل المفسد للمرأة على روجها بأن يوسوس لها حتى تنشز وتطلق منه ويريد هو تزويجها. فانها تحرم عليه أبدا معاملة له بنقيض قصده الفاسد (20).

ويقال له المخبب. وفي الحديث «من خبب امرأة ومملوكا على مسلم فليس منا «أي خدعه وأفسده» (21).

ومثله الهارب بالنساء.

وقد جرى العمل بفاس منذ أواسط القرن التاسع الهجري بتأبيد تحريم المرأة المخلقة على المخلق. فقاس الفقهاء حكم هروب الرجال

(20) الامليات الفاشية (مخطوط) وشرح السجلماسي للعمل 1 54

(21) انظر لسان العرب مادة (خبب)

بالنساء على حكم التخليق فحكموا بتأبيد تحريمها عليه. مع اختلاف بينهم في تحديد الشروط واعتبار الملابسات.

وقد شاعت ظاهرة الهروب بالنساء في المغرب أيام العصر السعدي عندما انعدم الأمن. وثارت الفتن وانحسرت قوة نفوذ الحكم المركزي في المغرب. إذ تحدثنا فتاوى الفقهاء أن حدوث هروب الرجال بالنساء تعددت بادية وحاضرة وشاعت بين الناس (22).

وكان من الطبيعي أن تتباين آراء الفقهاء في القضية بتباين وجهات النظر في وسائل الزجر. وحسم داء القضية المتأصل. وثار الجدال ما بين محلل ومحرم. فتضاربت في شأنها فتاويهم..

فالذي يقول بالتحليل راعى القول المشهور في المذهب. وأما الذي مال إلى التحريم فقد نظر إلى المصلحة التي تتحقق بسبب القضاء على هذه الظاهرة المؤلمة مستندا إلى أصل موجود في المذهب المالكي وهو سد الذرائع والمعاملة بنقيض القصد الفاسد.

الفرق بين المخلق والهارب :

ثم انهم فرقوا بين المخلق والهارب.

أما بالنسبة للأول فالجمهور على أنه يحرم عليه ما خلقه. وأما بالنسبة للهارب فالذي أفتى به أبو محمد أجليان الغماري ومن تبعه «أن

---

22) تنبيه الصغير من الولدان للجولالي ص : 10 مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم : 571 ك.

المسألة فيها قولان : التحريم والتحليل وهذا الأخير هو المشهور وبه العمل» (23) وهو رأى حكاه عن شيخه يحيى السراج. وجمهور الفقهاء لا يرى هذا الرأى واختار التحريم. ومن هؤلاء الإمام القورى والعبدوسي والحافظ الونشريسي والزقاق والحميدي وأبو العباس ابن عرضون الذي كتب رسالة مطولة شهر فيها القول بالتحريم رادا على المخالفين الذين مالوا إلى التحليل (24).

ويصور لنا هذا الأخير حجم القضية الطارئة على المجتمع المغربي وتكررها فيقول : «... لما شاع وذاع بهذه البلاد الغمارية وما والاها من القبائل البدوية الفاحشة العظمى : فاحشة هروب النساء مع الرجال، وجب تغيير المنكر الشنيع، والأمر الفضيع، وتحسيم مادته، وسد ذريعته.

ولهذا اختار العلماء ممن سلف الفتوى في هذه البلاد بتأبيد التحريم للهاربة على من هرب بها وان كان على خلاف المشهور سدا لذريعة الفاسدين والمفسدين - فلو لم يكن نص علماء المذهب المالكي في تحسيم هذه المفسدة وتحسيم مادتها ووجدنا فيها قولا خارجا لتعين علينا أن نرتكبه في قطع هذه المفسدة وتحسيم مادتها» (25).

وهكذا استقر العمل فيها بالتحريم جريا على القول الشاذ في المذهب.

---

23) تنبيه الصغير للجلالي ص : 10

24) نوازل العلمي ص : 4 ملزمة 5 الجزء الاول

25) نوازل العلمي : 1 / ص : 1 ملزمة 6

الخلع بالانفاق على الولد بعد مدة الرضاع

ومما خولف فيه المشهور في المذهب، لزوم ما يشترطه الزوج على زوجته في عقد الخلع، بأن تنفق على الولد أكثر من مدة الرضاع، وهو خلاف مذهب المدونة. وما ذهب إليه «خليل» القائل «وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعها» (26).

فمذهب المدونة سقوط الزائد على الحولين، بمعنى أن المرأة تلزم بهذا الشرط على القول المشهور، ولكن العمل جرى بقول المغيرة (27) وأشهب، وابن نافع (28) وابن الماجشون (29) وابن دينار (30)، وبه قال سحنون، وابن حبيب، واللخمي وابن يونس، وبه جرى القضاء والعمل بالمغرب والأندلس (31) وإليه أشار ابن عاصم بقوله :

والخلع في الانفاق محدود الأجل بعد الرضاع بجوازه العمـــــل

---

26) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : 2 / 317

27) المغيرة : هو المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي الامام الفقيه مفتى المدينة بعد مالك، ويعد من كبار اصحابه، ولد سنة 134 وتوفي سنة 188 هـ.

28) هو ابو محمد عبد الله بن نافع بن ايت بن عبد الله الزبير، فقيه محدث سمع من مالك وصحبه اربعين سنة، توفي سنة 216 هـ.

29) ابو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون القرشي، تفقه بمالك وغيره، توفي على الراجح سنة 212 هـ.

30) أبو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي، فقيه نظار، ممن أسهموا بنشر مذهب مالك في الأندلس مات بطليطلة سنة 212 هـ.

31) انظر شرح السجلماسي لعمل فاس : 1 / 58

ونظمه «الزقاق» في لا ميته فقال :

وقد خولف المشهور فيها بزائد بخلع على الحولين ...

كما نظمه أبو زيد الفاسي في عملياته :

وشرط من خالع في العقود نفقة منها على المولود

لمدة على الرضاع زائدة

ويفهم من تخصيص الخلاف في هذه المسألة الزائدة على أمد الرضاع، أن اشتراط الزوج عند عقد الخلع ارضاع لولد فقط جائز ولازم بلا خلاف (32).

نقل الحطاب عن ابن رشد أن المخالعة على ارضاع الولد خاصة لا خلاف في جوازها، وان كان فيه غرر. إذ قد يموت الولد قبل انقضاء أمد الرضاع، لأن الرضاع قد يتوجه عليها في حالة عدم الأب. ولما كان الأمر كذلك استخف الضرر فيه، ولأن الولد مضطر إلى رضاع أمه في الحولين. ولو لم يشترط ذلك عليها لشق على أبيه تكلف من ترضعه. وليس في النفقة بعد الحولين في الطعام والشراب ما يشق على الأب تكلفه (33).

ومن تمام هذه المسألة :

1 - إذا خالعها على ارضاع الولد في الحولين ومنعها من التزويج، ففيها أربعة أقوال : ثالثها : إن كان بشرط، ورابعها إن كان يضر بالصبي، فإذا خالعت المرأة زوجها على أن ترضع له الولد حولين فليس

---

32) نفس المصدر.

33) انظر شرح الشجلماسي لعمل فاس : 1 / 58

لها أن تتزوج فيها. والمنع انما هو لأجل الوطء. فإذا أمن الزوج الوطء فلا معنى لمنع ذلك (34).

وحكى ابن سلمون : أن المعروف من قول مالك في : «المستخرجة» أنها تتزوج وان شرط عليها في عقد الخلع لا تتزوج مدة الرضاع. ورجح الشيخ الرهوني أن لها التزوج.

2 ـ على القول بأن لها أن تتزوج في مدة الرضاع أو مدة الحضانة فلا شك أن حضانتها تسقط بالتزوج. ويلزمها أن تدفع أجرة الحضانة لمن انتقلت إليه على ما به العمل من وجوب الأجرة للحاضنة.

صرف اليمين إلى الطـــلاق

ومما جرى به العمل لدى متأخرى فقهاء المغرب : لزوم طلقة واحدة رجعية للحالف باليمين. بحيث لو حلف شخص بفعل شيء وحنث. لزمه الطلاق.

وإنما لزمه ذلك. لأن العرف الجارى عند الناس أنهم يقصدون باليمين : اليمين بالزوجة. ويصرفونه إلى الطلاق. ولولا هذا العرف ما وجب عليه عند حنثه الا كفارة يمين بالله. لأنها اليمين الشرعية..

واعتبر الفقهاء هذا الطلاق رجعيا. لأنه هو الأصل في طلاق المدخول بها. وبه تحصل ماهية الطلاق (35).

---

34) نفس المصدر.

35) شرح العمل للسجلماسي : 1 39 وتحفة الاكياس : 1 27

ولأن البينونة وصف زائد على ماهيته، والأصل عدمه، فتستصحب حتى يتحقق وجودها حملا للفظ على أقل مدلولاته، لأن لفظ اليمين يحتمل الطلاق البائن والرجعي، فيحمل على أخفهما الذى هو الرجعي (36).

نقل السجلماسي عن ابن عاشر (37) أن.. لزوم الكفارة في اليمين مقيد بأن لا يكون هناك عرف يصرف اليمين إلى الطلاق، فإن كان لزم الطلاق و به جرت الفتيا في بلدنا فاس (38).

ثم أن الحالف إما أن يقصد ما جرى به عرف الناس وهو الطلاق. وإما أن يقصد غير الطلاق مع العلم بعرف الناس فيه أو مع الجهل.

وإما أن لا يقصد شيئا حين اليمين من طلاق أو غيره.

والقسم الأول : حكمه ما تقدم وهو لزوم الطلاق مع اختلاف بين الفقهاء في كونه رجعيا أو بائنا، وتقدم أن بالأول جرى العمل.

ومن لم ينو بيمينه طلاقا ولا غيره، يحكم عليه بما يقتضي العرف والعادة أن الحالفين يقصدونه بذلك اللفظ الذي حلف به، وأما من ادعى قصد غير الطلاق أو ادعى الجهل، فإن كان مستفتيا صدق بأن قامت قرينة على دعواه بلا يمين، وإلا حلف وقبل قوله.

---

36) تحفة الاكياس : 1 / 27

37) ابو مالك عبد الواحد بن احمد ابن عاشر الانصاري الاندلسي الفاسي فقيه اصولي نظار له تاليف عديدة، توفي في دى الحجة سنة 1040 هـ.

38) شرح السجلماسي لعمل فاس : 1 / 39.

وإن لم يكن مستفتيا لم يقبل منه ذلك، ويحكم عليه بما يقتضيه اللفظ عرفا (39).

ولفظ اليمين أصله في اليمين بالله، لكن عرف الناس في العصور المتأخرة صرفه لعصمة الزوجة فيعمل على مقتضاه، لأن الأيمان دائرة مع عرف الحالف أو بلده، وتختلف الفتاوى باختلاف الأعراف والعادات (40) واختلف الفقهاء هل هذا الطلاق يكون بائنا أم رجعيا، ذهب المقرى وابن سودة إلى أن هذا الطلاق ينصرف للبائن، وقال آخرون كالونشريسي والقصار (41) والجلالي والسراج.. وغيرهم أنه رجعي وعليه العمل. والذين قالوا بالبينونة يذهبون إلى أن العوام لا يعرفون معنى الرجعي وهو مستندهم فيه، وهذا المستند غير قوى، فكون العوام لا يعرفون معنى الرجعي لا يقتضي أن يحكم عليهم بالبينونة مطلقا، لأن الحكم على الطلاق بالرجعي والبائن حكم شرعي وضع له الشرع سببا، فإذا وجد سبب الرجعي كان الطلاق رجعيا، ولا يتوقف على معرفة المطلق لمعنى الرجعي، كما أنه إذا وجد سبب البائن فالطلاق بائن ولا يتوقف على معرفة المطلق لمعنى البائن ولا لشروطه، ولا على نية البينونة ولا عدم ظنه رجعيا، فالقاضي أو المفتي هو الذي يحكم على نوعية الطلاق وقصد الحالف، أما الجاهل فحسبه تقليد ما قيل له، فكيف يقال أن الجاهل لا يعرف الرجعي من غيره، هذا من ناحية.

---

39) انظر شرح الشجلماسي للعمل : 1 41

40) انظر تحفة الاكياس : 1 28

41) ابو عبد الله محمد بن قاسم القيسي الشهير بالقصار فقيه محدث نظار، ولد عام 936 وتوفي سنة 1012 هـ.

ومن ناحية أخرى فإن صرف اليمين إلى الطلاق لا وجه له، لأن اليمين ـ كما قلنا ـ أصله في اليمين بالله، فينبغي أن تبقى كذلك من غير أن تصرف إلى الزوجة أو غيرها، ولذلك قال الشيخ ابن رحال أن التحليف بالطلاق لا يحل ولا يجوز أصلا (42).

نظم هذا العمل أبو زيد الفاسي فقال :

وطلقة بائنة في التحريـــــم وحلف به لعرف الاقليـــــم

كما نظمه الجشتيمي في عمل سوس بقولـه :

وطلقة بائنة به العمـــــل عن فقهاء سوسنا قد اتصـــل
فقد فشا الإقسام بالحـــرام في كل ناد مجمع العـــوام
فالقول بالثلاث لا يبقى علـــى زوجته هذا الزمان رجـــلا

6) تــرك اللعــــان :

مما جرى به العمل ترك اللعان من الزوج قيل مطلقا كان الزوج عدلا أو فاسقا، وقيل إن كان فاسقا..

ومذهب الإمام مالك أن الفاسق كالعدل في صحة الالتعان، ولا يشترط عنده إلا أهلية اليمين والزوجية، ومن ثم اشترط ابن شاس (43) في الملاعن شرطين :

42) حاشيته على هامش شرح ميارة لتحفة الحكام : ا 94

43) ابو محمد عبد الله بن شاس الملقب بنجم الدين صاحب الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة توفي سنة 616 هـ

أحدهما : أهلية اليمين فيصح من كل مكلفين وإن كانا مملوكين أو فاسقين أو أحدهما.

الثاني : الزوجية. فلا لعان لأجنبي (44).

وفي المختصر لخليل «إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه أو فسقا (45) وفي الرسالة «واللعان بين كل زوجين» (46).

اللعان لغة واصطلاحـــــا :

وهو لغة : البعد تقول : لعنه الله أبعده فهو لعين وملعون. ولعن نفسه إذا قال ابتداء : عليه لعنة الله. ولاعنه ملاعنة ولعانا وتلاعنوا. لعن كل واحد الآخر. ولاعن الرجل زوجته. قذفها بالفجور (47).

واصطلاحا : عرفه ابن عرفة بأنه «حلف الزوج على زنا زوجته أو نفيه حملها اللازم له. وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاضي» (48).

صـــورة اللعــــــان :

واللعان هو أن يقول الزوج : رأيت زوجتي تزني مع رجل بعينه أو ينفي حملها عنه وينكره فتكذبه هي وتقول ما رآها تزني. أو أن حملها

---

44) شرح السجلماسي لعمل فاس : 1 84

45) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 2 406

46) الفواكه الدواني : 2 82 للنفراوي ط : ثانية

47) توضيح الاحكام للتوزري 2 109.

48) شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص : 210 ط : تونس

منه. ولا بينة فيحلف هو أربعا على ما قال ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تحلف هي أربعا وتخمس بالغضب كما هو صريح القرآن.

الأصـــل في اللعــــان :

(2) والأصل في وجوبه قوله تعالى : «**والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم**» الآية (49) وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من حديث عويمر العجلاني إذ جاء إلى عاصم بن عدى العجلاني رجل من قومه فقال له : يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله فسأل عاصم عن ذلك رسول الله (ص) فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله (ص) ؟ ـ لم تأتني بخير قد كره رسول الله (ص) المسألة التي سألت عنها. فقال : والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله (ص) وسط الناس فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله (ص) «قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن. فاذهب فات بها. فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله (ص) فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها. فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله (ص). قال مالك : قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين (50).

---

(49) سورة النور اية رقم : 2

(50) المنتقى للباجي : 4 69 ط : السعادة

وأيضا من طريق المعنى : لما كان الولد للفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده. وذلك الطريق هو اللعان.

قال ابن رشد (الحفيد) «فاللعان ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع إذ لا خلاف في ذلك أعلمه» (51).

وفائدة لعان الزوج درء الحد عنه ونفي النسب منه (52) هذا حكم اللعان. فكيف يساغ تركه ؟

استشكل كثير من الفقهاء ترك اللعان. لا سيما في حق الزوج العدل. إذ اللعان ثابت بالكتاب والسنة.

فقولهم جرى العمل بترك اللعان مطلقا أو لفاسق. «مقتضاه أن قضاة العدل كانوا لا يمكنون الزوج منه إذا وقع سببه ورفع اليهم الزوج قصته وما أظن ذلك صحيحا ؟ أما إذا كان سببه نفي الولد وأراد الزوج أن يلاعن لينفيَ عن نفسه ولدا أجنبيا. فكيف يسعهم أن لا يمكنوه منه - وهو أمر واجب عليه لئلا يرثه أجنبي - وذلك منكر بالاجماع» (53) ورد الهلالي على ابن عرفة فيما ذهب إليه من أنه لم يرد في حكمه نص. فقد صرح المفسرون بوجوبه في قوله تعالى : (فشهادة أحدهم) فإذا قال الزوج للحاكم أردت أداء هذا الواجب. فكيف يكون جواب الحاكم ؟ أيقول له نحكم لك بنفيه بلا لعان. ذلك لم يقله أحد ؟

---

(51) بداية المجتهد : 2 : 94. والمدونة الكبرى رواية سحنون مجلد 3 : 105 ط : دار صادر. ومقدمات ابن رشد 490 ط : دار صادر.

(52) البهجة : 1 : 330

(53) نور البصر : 172

وإذا كان مرادهم أنه جرى عمل الأزواج بعد الرفع للحاكم، فليس هذا مما يعد في العمليات، إذ المراد بها ما عمل به في القضاء والفتوى (54) وقد أفاد أبو زيد الفاسي أن الزوج إذا طلب الالتمان لا يمكن منه، ولا يجاب إليه قال ناظما هذا العمل :

واترك لفاسق وغيره اللعـــان أو هو للفاسق قط بغير ثـــــان

ونظمه قبله الزقاق في لاميته إذ قال :

وترك لعان مطلقا أو لفاسق.

فما ذكروه من ترك اللعان مطلقا لا يعول عليه.

والغريب أن ابن العربي صرح بأن شهادة الرجل على زوجته برؤية الزنا مكروهة (55).

فالعمل كيفما كانت قوته لا يمكن أن يحل محل النص، فأحرى أن يلغى النص، فمهما ثبت النص في المسألة وجب الرجوع إليه ولا يعتد لا بالعمل ولا غيره، فالآية صريحة في حكمه، والحديث ثابت نقله أصحاب الصحيح، فكيف يجوز مخالفتهما بعمل الناس ؟

على أي حال، فإننا لم نعثر للفقهاء على مستند في الغائه إلا أن يكون ما ذكره ابن العربي من أولوية الستر، ولا يبدو له مستند صحيح..

ويظهر أن ترك اللعان بدأ قديما، فقد لاعن ابن الهندى زوجته عام 388 هـ فعاب عليه الناس فعله فاعتذر لهم بقوله : «أردت احياء سنة أميتت» (56) فاعتذار ابن الهندى يوذن بقدم العهد بترك اللعان.

---

(54) نور البصر : 173 وشرح السجلماسي لعمل فاس : 1 : 85

(55) حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق ص : 5 د : 22

(56) انظر : حلي المعاصم : 1 : 330 على هامش البهجة

المبحث الثانـــي :

مسائـل من البيـــوع

(1) بيع الصفقــة :

تعريفها لغة واصطلاحـا :

الصفقة بفتح الصاد وسكون الفاء : المرة من الصفقة كالضربة من الضرب. وفي الأثر : «ألهاني الصفق في الأسواق» (57).

وأصله من التصفيق. وهو الضرب بباطن الراحة على الأخرى لأنهم كانوا يفعلون ذلك عند البيع.

وفي القاموس : صفق له بالبيع يصفقه. وصفق يده بالبيعة وعلى يديه صفقا وصفقة : ضرب يده على يده. وذلك عند وجود البيع.

والاسم : الصفق. وصفقة رابحة أو خاسرة : بيعة.

هذا أصل اللفظة في اللغة. ثم صار في الغلبة على نوع خاص من البيع. وهو أن يبيع أحد الشركاء جميع المشترك لأجنبي ثم يخبر بقية شركائه مخيرا اياهم بين أن يضموا حصته لحصصهم بما نابها من الثمن الذي باع به الشيء المشترك للأجنبي أو أن يمضوا البيع.

صورتهــــا :

وصورة بيع الصفقة : أن تكون دارا مثلا أو غيرها بين شخصين أو أكثر. ومدخلهم في ذلك واحد. بحيث يملكون ذلك دفعة واحدة بشراء

---

(57) من كلام عمر : انظر صحيح البخاري بشرح فتح الباري 17 / 86.

أوارث أو غير ذلك. فيعمد أحدهم إلى ذلك الملك ويبيع جميعه ثم يكون لشريكه أو شركائه الخيار بين أن يكملوا البيع للمشترى أو أن يضموا ذلك المبيع لأنفسهم، ويدفعوا للبائع ما ناب حصته من الثمن الذي باع به (58).

وجه مخالفتها للنصـــوص :

والمفروض أن ذلك يتوقف على شروط ربما أنكرها أو بعضها الشريك المبيع عليه، فيحتاج البائع إلى اثباتها، وشأن الاثبات أن يكون عند القضاة، ولكن جرى العمل بعدم الرفع اليهم..

والبيع بهذه الصفة مخالف للنصوص، وظاهر المذهب يقتضى منعه كما صرح بذلك الونشريسي وغيره (59).

وقد وقع اختلاف كثير بين الشيوخ في هذا البيع، فمنهم من أجازه بهذه الصفة وهو الذي جرى به العمل، ومنهم من منعه جريا على ما تقتضيه نصوص الفقه.

الملـــك المشتــــرك :

ثم أن كل ملك مشترك على نوعين :

أ ـ إما أن يقبل القسمة على الشركاء بلا ضرر، بحيث يصير لكل واحد منهم ما ينتفع به.

---

58) تحفة الاصحاب والرفقة لميارة مخطوط : خ. ع. بالرباط رقم 889 د والبهجة للتسولي : 2 : 151.

59) الامليات الفاشية للعميري مخطوط السيد محمد حنانا وشرح السجلماسي 1 167 والمعيار الجديد : 5 / 124 وتحفة الاكياس : 1 92.

ب ـ وإما أن لا يقبلها على الوجه المذكور.

فإن كان الوجه الأول وأراد أحدهم القسم أجيب إليه، وأجبر عليه من أباه من الشركاء.

وإن كان الوجه الثاني : فالقول قول من دعا إلى البيع ويجبر عليه من أباه من الشركاء..

نقل الشيخ ميارة عن القاضي عبد الوهاب أنه «إذا تشاح الشريكان في عين من أعيان مالا ينقسم كالثوب والدابة ولم يتراضيا بالانتفاع به على الشياع وأراد أحدهما البيع، فإن أجابه الآخر وإلا أجبر على البيع معه، إلا أن يختار الشريك بيع حصته مشاعة فلا يلزم الآخر بيع حصته معه، وأما ما تنقسم أعيانه فإنه يقسم ما لم يعد بالضرر واتلاف حصة أحد الشركاء (60).

الإشكال الوارد في الصفقـــة

ويظهر أن مسألة بيع الصفقة حيرت بال الفقهاء كثيرا، وذهبوا فيها مذاهب مختلفة ما بين مجوز ومانع، نلحظ هذا من قول الشيخ أبي العباس الونشريسي الذي صرح بأنه «طالما تشعبت فيه الأفكار، واشتد فيه الإنكار، ووقع لأهل الوقت فيها كلام متسع.. ولا ترى من فقيه أو أفقه، إلا وملأ بها شدقه، وذهب فيها مذهب كل طائفة وفرقة، ولم نر فيمن تقدم من حل عقالها، ومهد للسالكين مقالها، وطبق فيها المفصل،

60) تحفة الاصحاب (مخطوط)

وأحكم حكمها وحصل. سوى القاضي ا بن زرب فنظمها في سلك المذهب المالكي وكشف الدرقة. بعد أن كانت بحرا ليس له عبقة» (61).

الشروط المشترطة في بيع ما لا ينقسم

ثم ان جبر الشريك على البيع فيما لا ينقسم يشترط فيه شروط :

1 ـ أن ينقص ثمن حظ من دعا إلى البيع في حالة ما إذا بيع مفردا عن ثمنه فيما لو بيع الجميع.

2 ـ أن يكون فيه ضرر بين كالدار والحائط لا فيما يقصد للغلة كالرحى والفرن.

نقل ميارة عن ا بن رشد أنه «لا يحكم ببيع ما لا ينقسم إذا دعا إلى ذلك أحد الأشراك إلا فيما كان في التشارك فيه ضرر بين كالدار والحائط. وأما مثل الحمام والرحى وشبه ذلك مما هو للغلة فلا» (62).

3 ـ أن يكون ذلك فيما هو للإنتفاع أو من ميراث. ولا يجبر على البيع من شريكه فيما اشترى للتجارة.

4 ـ ألا يلتزم الشريك الذي لم يرد البيع أداء النقص لشريكه الذي يريد البيع. فإن التزم فلا. وقد كان اللخمي يفتي بأن الشريك إذا قال أنا أؤدى النقص الذي ينال شريكي من بيع نصيبه مفردا فذلك له. ولا مقال لشريكه. لأن العلة قد ارتفعت بازالة الضرر عنه بالنقص الذي يناله في بيع نصيبه (63).

---

(61) تحفة الاصحاب والرفقة (مخطوط).

(62) تحفة الاصحاب والرفقة (مخطوط).

5 ـ اتحاد المدخل : نقل الشيخ ابن غازى في هذا الشرط رأيين مختلفين لكل من القاضي عياض واللخمي، فعياض يشترط اتحاد المدخل في دعوة الشريك إلى البيع وطريقة اللخمي خلاف ذلك، وأنه لا يشترط، وعلق الشيخ ميارة على رأى عياض بقوله : «يجب أن يكون هذا الجبر فيما ورث أو اشتراه الأشراك جملة في صفقة، فأما لو اشترى كل واحد منهم جزءا مفردا وبعضهم بعد بعض، لم يجبر أحد منهم على اجمال البيع مع صاحبه إذا دعا اليه، لأنه كما اشترى مفردا كذلك يبيع مفردا ولا حجة له هنا في بخس الثمن في بيع نصيبه مفردا لأنه كذلك اشترى، فلا يطلب الربح فيما اشترى باخراج الشريك من ماله» (64).

وهذا رأى الونشريسي أيضا، فقد صرح بأن ليس للشريك أن يجبر شريكه على أن يبيع معه ما اشتركا إلا إذا دخلا مدخلا واحدا بميراث أو شراء أو غيرها (65).

ويفهم من كلام الونشريسي هذا أن بيع الصفقة لا يختص بالأصول كما يذهب إليه عوام العدول (الموثقون) بل هو جار في كل ما لا يقبل القسم من الأصول والعروض والحيوان وغير ذلك، وهذا ما صرح به القاضي عبد الوهاب في النص الذي نقلناه سابقا ورجحه الشيخ ميارة.

وعلى ذكر هذا الشرط (أعني اتحاد المدخل) لو ورث ثلاثة أشخاص دارا مثلا أو ملكوها بشراء دفعة واحدة فباع أحدهم نصيبا منها لأجنبي وأسقط شريكاه الشفعة للمشترى ثم أراد الشريكان أو أحدهما البيع فله

64) تحفة الاصحاب والرفقة

65) المصدر

أن يصفق على شريكه لاتحاد مدخله معه. ولا اشكال أو يصفق على المشترى الأجنبي لاتحاد مدخله على البائع له. لأنه كما كان له أن يصفق على شريكه الذي باع لو لم يبع فكذلك له أن يصفق على المشترى منه لأنه فرعه ولا يكون أقوى من الأصل.

ولو أراد المشترى بيع حصته لم يكن له جبر شريكه البائع له على البيع معه. لدخوله وحده فلم يتحد مدخله مع بقية شركائه والضابط في هذا الشرط هو قولهم : «يجبر الدخيل للأصيل. ولا يجبر الأصيل للدخيل» لكن هذا مشروط بأن :

6 ـ لا يبعض الأصيل حصته. أما أن بعضها فلا يجبر له الدخيل وعلى هذا الأساس صرح ميارة بأن تبعيض الأصيل حصته هو بمثابة شرط سادس في جبر الشريك على البيع. وزاد شرطا سابعا وهو :

7 ـ كون المشترى أجنبيا غير شريك.

فإذا اجتمع ما ذكر من الشروط ودعا أحد الشركاء إلى بيع مالا ينقسم فإنه يجبر عليه من أباه من بقية الشركاء (66).

غير أن العمل لم يجر باشتراط شيء من هذه الشروط ما عدا اتحاد المدخل كما صرح بذلك ناظم عمل فاس حين قال :

في قابل القسم وما لم يقبل لا تشترط سوى اتحاد المدخل

(66) هذه الشروط ذكرها ميارة. أما السجلماسي فقد عدها تسعة (شرح العمل : 1 : 170) وتبعه على ذلك أبو العباس الرهوني في حدي الرفاق : 3 : 56.

فالمبيع المشترك الجاري على القواعد والجاري على النصوص أن من أراد البيع من الشركاء ولم يوافقه من شاركه فإنه يرفع الأمر إلى القاضي ليجبر له الممتنع، ويبيعا دفعة واحدة ويكلفه القاضي باثبات موجبات ذلك، وهي ثبوت الشركة، وأن ذلك المشترك مما لا يقبل القسمة، وأنه مما يراد للاختصاص بالانتفاع لا لمجرد الغلة، وأن على من يريد البيع غبنا في بيع الصفقة مفردة وأن من شاركه امتنع من البيع معه، ومن اعطائه ما تنقصه حصته لو بيعت مفردة - على فتوى اللخمي، وأن مدخلهم في المبيع واحد على القول الذي جرى به العمل، فإن ثبت ذلك، أمرهم بعرضه للبيع، فإن أراده بعض الشركاء ممن دعا إلى البيع أو غيره فعلى ما تقدم، وإن لم يرده أحد الشركاء بيع لأجنبي وأخذ كل واحد نصيبه من الثمن.

الصورة التي جرى بها العمـــل :

ولم يجر العمل بشيء من ذلك، وإنما الذي جرى به العمل أن من أراد البيع من الشركاء باع جميع ذلك الشيء المشترك لأجنبي صفقة واحدة من غير رفع لحاكم ولا إثبات شيء مما ذكر، بل يبيع أحد الشركاء الشيء المشترك صفقة واحدة، ثم يذهب إلى بقية شركائه فيلزمهم أحد أمرين :

إما أن يضموا أى يأخذوا حصة البائع بما نابها من الثمن ويضموها إلى حصصهم، أو يكملوا للمشترى البيع بحسب ما باعه به، فإن ضموا

طولبوا بالثمن، وإن لم يضموا طولب المشترى وكان البيع منعقدا من جهة البائع.

وعدم الرفع إلى الحاكم، هو الذي تظهر فيه المخالفة للنصوص لا في بيع الصفقة مطلقا، إذ هو مذكور في المدونة وغيرها من كتب الأقدمين، وإن لم يسموه بهذا الإسم الذي هو بيع الصفقة ومن ثم ذهب «ميارة» إلى القول بأنه لا معنى لعد هذا مما جرى به العمل بفاس أو بغيرها، إلا بالنسبة لما خولف فيه المنصوص كوقوعه بلا حاكم (67)، وقد نظم بيع الصفقة على الوجه الذي جرى به العمل أبو زيد الفاسي فقال :

وخالف المنصوص بيع الصفقـــة فلم يؤل لضابط أو ربقـــة

كما نظمها عبد الواحد الونشريسي فقال :

والبيع بالصفقة بالغرب اشتهـــر بين قضاته ببدو وحضـــر
ولم يرد نص به عمن مضـــى وظاهر المذهب منعه اقتضـــى

تلك اشارة عابرة عن مسألة بيع الصفقة، والكلام فيها طويل الذيل ويمكن الرجوع إلى ما كتبه الشيخ ميارة في الموضوع (68) وشرح السجلماسي لعمل فاس (69) وما كتبه المهدى الوزاني في تحفة الأكياس (70) وشرح عمر الفاسي للزقاقية (71) وحاشية الهوارى على شرح التاودى

(67) انظر تحفة الاصحاب والرفقة (مخطوط).

(68) انظر مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 889 د

(69) ج 1 ص : 167

(70) ج 1 ص : 91

(71) ص : 298

للامية الزقاق (72) والمعيار الجديد للمهدى الوزاني (73) وقد استعرض ما قيل فيها من نصوص المؤيدين والمعارضين وأطال القول في ذلك.

بيـــع المضغـــــوط

الضغطة بالضم ـ كما في القاموس ـ الضيق والاكراه. وفي اصطلاح الفقهاء هو من أكره على البيع أو على سببه (74). وهو من المسائل التي جرى العمل بها قبل القرن التاسع الهجرى بالمغرب (75) فالمضغوط أو المقهور على دفع مال لا يلزمه شرعا. إذا باع متاعه فيه ليؤديه إلى من أكرهه. فله نفوذ وامضاء (76) تقديما لحفظ النفوس على صون الأموال.

والمشهور في المذهب خلاف هذا. لأن من شرط لزوم البيع كون عاقده مكلفا. والمكره غير مكلف على الصحيح (77). وظاهر عبارات الفقهاء أن إسم المضغوط خاص بمن أكره على دفع المال دون البيع، كما يتضح من قول ابن رشد «أن التسمية بمسألة المضغوط خاص بمن أكره على دفع المال فباع لذلك» (78).

لكن ما نقل عن ابن أبي زيد صريح فيمن أكره على دفع المال والبيع معا. فقد ورد في كلامه أنه من أضغط على بيع ربع أو شيء بعينه

---

72) ص : 276

73) ج : 5 ابتداء من ص : 123

74) انظر شرح التاودي لتحفة ابن عاصم ص : 4 م 50 على هامش حاشية الوزاني.

75) صرح ابو زيد الفاسي ان هذه المسالة جرى بها العمل منذ اكثر من مائتي سنة ومعلوم ان هذا العالم كان يعيش في القرن الحادي عشر الهجري.

76) انظر شرح ميارة للتحفة : 1 / 12

77) نفس المصدر

78) انظر شرح السجلماسي للعمل : 1 ـ 216 والمعيار الجديد : 5 / 90

أو مال يوخذ منه فباع لذلك (79) وهذا رأى غالبية الفقهاء. فهم يعممون الضغط فيهما معا. فيدخل في ذلك من أكره على المال، كما يدخل من أكره على البيع (80) والعمل جار على الوجه الأول، وعليه اقتصر «ابن هلال» مفرقا بينه وبين المجبر على مجرد البيع فقال : «المضغوط هو المأخوذ بغرم مال قهرا يضيق عليه بشدة وتعذيب، وبهذا افترق حكم المجبر على البيع والمضغوط شرعا. فالمجبر على البيع لا يلزمه شرعا اجماعا (81).

حكم المكره :

صرح «الحطاب» بأن «من أكره على دفع مال فباع لذلك، ففيه خلاف مذهب «ابن القاسم» (82) في روايته عن «مالك» أنه لا يلزمه. وقاله «ابن حبيب» ومطرف (83) وابن عبد الحكم (84) وأصبغ (85) وقال

---

79) نفس المصدرين السابقين.

80) الفرق بين المكره والمضغوط ان المكره اكره على فعل ذلك الشيء مثل ان يكره على بيع داره. والمضغوط لم يكره على بيع الدار لكن على دفع المال. فباع الدار باختياره. لانه اكره على غير بيعها.. انظر الدار النثير : 8 هـ : 18.

81) انظر الدر النثير ص : 8 هـ 18 والمعيار الجديد : 5 91.

82) هو ابو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري كبير فقهاء المالكية صحب مالكا طويلا وبه تفقه. مولده سنة 133 وقيل 128 ومات بمصر سنة 191 هـ.

83) ابو مصعب مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني توفي سنة 220 هـ.

84) ابو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم عالم مبرز نظار له تاليف عدة ولد عام 182 هـ وتوفي سنة 268 هـ.

85) ابو عبد الله اصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع المصرى فقيه محدث نظار ولد بعد الخمسين ومائة. وتوفي بمصر سنة 225 هـ

ابن كنانة : بيعه لازم له غير مفسوخ، وقال به السيورى (86) واللخمي (87).

وقد اضطربت فتاوى الشيوخ المتأخرين في هذه المسألة، فأفتى أكثرهم بالمشهور، وأقلهم بالشاذ الذي جرى به العمل، وحكى الشيخ قاسم العقباني أن القاضي الفشتالي (88) قاضي فاس، كان يفتى بالشاذ في مسألة بيع المضغوط، وكان السيورى يرى أن بيع المضغوط جائز، لأن في ذلك تخليص نفسه من العذاب وهو آكد وأولى، وأن في مضيه مصلحة ومعونة الحاقا له بما أجمع عليه من فداء الأسير، وهذا الرأى ذهب إليه التادلي إذ كان يرى أن بيع المضغوط هو الذي ينبغي العمل به، وهو الذي يليق بأحوال الناس، وإلا تعذر فكاكهم (89).

قال ابن هلال «قول ابن كنانة بلزوم بيع المضغوط أفتى به بعض الشيوخ الذين أدركتهم من الفاسيين والتلمسانيين والغرناطيين في قضية نزلت بفاس، وكان شيخنا القورى خالفهم وأفتى بالمشهور ومذهب الجمهور، وأخر عن الفتيا بسبب ذلك» (90).

فمسألة المضغوط اذن جرى العمل فيها بالقول الشاذ استحسانا فهي وإن خولف فيها المشهور، إلا أن الفقهاء لاحظوا فيها تحقيق مصلحة المضغوط، لأن المحققين اختاروا القول الشاذ لما رأوا كثرة الجور وشيوع

---

86) ابو القاسم عبد الخلق بن عبد الوارث السيوري فقيه جليل واديب فاضل توفي بالقيروان سنة 460 او 462 هـ.

87) انظر شرح ميارة للتحفة : 2 ، 12

88) ابو عبد الله محمد بن احمد الفشتالي الفاسي المتوفي سنة 779 هـ

89) شرح العمل الفاسي للسجلماسي : 1 ، 217

90) الدر النثير ص : 2 م 19

الضغط. ولا شك أن الجرى على المشهور يؤدى إلى بقاء المضغوطين في العذاب ولا يخلصهم من ذلك إلا المال الذي ضغطوا فيه وحيث كان كذلك فالمحافظة على النفس والعرض، مقدمة على المحافظة على المال (91).

3 ـ بيع الثنيـــــا :

صنفه ا بن رشد الحفيد في البيوعات الفاسدة، لأنها من قبيل الغرر والاختلاف فيه موجود لتضارب الأدلة (92).

وأوضح حديث وأصرحه الذي يمنعه، حديث جابر قال : «نهى رسول الله (ص) عن المحاقلة (93) والمزابنة (94) والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا. وهو حديث صحيح رواه مسلم (95) وأخرجه مالك في الموطأ (96).

وقد جوزه من أجاز البيع والشرط. وهو مشهور المالكية. إلا ابن الماجشون وسحنونا منعاه. فكان قولهما ضعيفا لا يعتد به ومع ذلك جرى به العمل لدى متأخرى بعض فقهاء المغرب.

---

91) نور البصر : 169 والمعيار الجديد : 5 91 ـ 92.

92) انظر بداية المجتهد : 2 158.

93) المحاقلة : ما خوذة من الحقل وهو الحرث وموضع الزرع انظر تنوير الحوالك 2 28

94) المزابنة : مشتقة من الزبن وهو المخاصمة والمدافعة ـ المصدر السابق ـ

95) صحيح مسلم : 10 185 بشرح النووى.

96) انظر تنوير الحوالك : 2 /128.

وقال ابن رشد إن لجده والمازري والباجي التفصيل في ذلك (97) وذكر ابن عبد البر أن المالكية حملوا النهي في الحديث عن الثنيا على ما فوق الثلث (98).

وذهب المتيطي إلى أن بيع الثنيا لا يجوز انعقاده في شيء من الأشياء (99).

صورة بيـــع الثنيـــــا :

وصورة بيع الثنيا (100) هو أن يتفق بائع ومشترى عند عقد البيع على أن للبائع حق استرجاع ما باع مهما رد للمشترى ما دفع إليه من الثمن (101).

وقد تطور هذا البيع تطورا سيئا حتى غدا ذريعة للربا. إذ لجأ المتعاقدان (البائع والمشترى) إلى حيلة محرمة. وهي أن يعقد البيع ظاهرا مع تواطؤهما باطنا على أنه مجرد سلف يقبضه الدائن بعد مدة

---

97) انظر بداية المجتهد : 2 159.

98) انظر التمهيد.

99) انظر شرح ميارة للتحفة : 2 4.

100) يسمى ايضا بيع واقاله والبيع المعد والبيع والتطوع بشرط وهو عند العامة بيع ورهن. انظر حاشية المهدي الوزاني ج 2 ص 5 هـ 47 وفي اللغة الرجوع الى ما سلف. ومنه : ثنى عنانه وثنيت الحديث فكان البائع رجع عن بيعه. ومعناه في العرف ان يقول البائع للمشتري حين العقد متى اتيتك بالثمن او الى اجل كذا عاد المبيع لي ... انظر توضيح الاحكام : 3 64

101) انظر البهجة : 2 64 وشرح ميارة للتحفة : 2 3.

يكون خلالها قد استفاد من كراء المبيع أو غلته فيصير سلفا. وهو محرم قطعا. ولذلك لجأ بعض الفقهاء إلى الافتاء بمنعه. وقطع التعامل به. منعا لتحايل الناس للوصول إلى الربح المحظور شرعا.

ومن الذين أفتوا بالمنع «ابن هلال» و«سعيد بن علي الهوزالي» ومن وافقهما في فتواهما من معاصرهما اعتمادا على القول الضعيف الموجود داخل المذهب (102).

وهذا البيع كان يجرى بكثرة في البلاد السوسية حتى أن ابن هلال يحكي تمالؤ الناس عليه بدرعة والأودية (103). لذلك وقف فقهاؤهم منه موقفا متشددا نلحظ ذلك في المنشور الذي وزعه الشيخ الهوزالى على جميع القبائل السوسية والذى ورد فيه «... وما ارتكبه أهل البلدة الشاغرة عن العلم وأهله من أباحتهم للبيوعات الفاسدة. كبيع الثنيا والرهن حسبما سولت لهم أنفسهم. واتخذوه عادة سلفا وخلفا. فإنا له وإنا إليه رجعون. ولا غلة للمشتري فيما سلف. إذ الغلة بالغلة على قول سحنون. معاملة لكم بنقيض مقصودكم. ولما في ذلك من المصلحة العظيمة. وهي الانتهاء عن الفساد. ومن عمل شيئا من ذلك يخرجه ويأخذ دراهمه. وشهادة كاتب الثنيا وأمامته ساقطة. ما لم يتب إلى الله عز وجل» (104).

(102) حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي لتحفة الحكام 2 ص 5 هـ : 47.

(103) الدر النثير : ص 1 هـ : 25.

(104) ينظر المنشور كاملا في المعسول : 7 50 ـ 51.

4 ـ الرد بالعيب في الـدواب :

المعروف لدى جمهور الفقهاء أن من اشترى مبيما ووجد به عيبا له الرجوع على البائع سواء تم ذلك داخل شهر أم بعد ذلك، وسواء كان هذا المبيع من الدواب أم غيرها..

غير أن الذي جرى به العمل لدى المتأخرين من الفقهاء أن الدواب (105) لا يردها المشتري بعيب يقوم به بعد شهر من يوم الشراء، ولو أثبت قدمه بشهادة البياطرة.

وعلى هذا ـ وطبقا لما جرى به العمل ـ فإن قام بهذا العيب داخل شهر فله ردها وإن كان بعد شهر من يوم شرائها، فلا رد له، ومحل هذا إذا لم يكن البائع مدلسا بأن كان غير عالم به، وأما إن كان عالما بالعيب فيها وكتمه، فللمشتري الرد ولو بعد شهر.

واستندوا في هذا العمل على فتوى الشيخ العبدوسي الذي علل ذلك بأن الحيوان سريع التغير، لا يكاد يستمر على حال واحدة، وأيضا لكون البياطرة جهلة قليلي الدين، لهذا راعى هذا الشيخ مصلحة العامة، فكثير من الناس يشترون الدابة ويسخرونها وينهكونها ويقضون بها مصالحهم، حتى إذا انقضت مصلحتهم لطموا بها وجه صاحبها.

---

(105) الدواب في عرف الفقهاء هي : ذات الحوافر كالفرس والبغل والحمار، لا ذات الظلف كالابل والبقر والغنم..

على هذا عول العبدوسي وتابعه على ذلك الفقهاء الذين أتوا بعده، أمثال : القوري، وعلي بن هارون، والقاضي المكناسي (106) وعبد القادر الفاسي، وغيرهم وعليه مضى العمل وتلقاه القضاة بالقبول.

وجه اقتصارهم على الـــدواب

ووجه اقتصارهم على الدواب فقط دون الأنعام، كثرة تعاطي النخاسين لشرائها، وشدة احتيالهم فيها دون غيرها من الأنعام، لأنها غير مرادة للخدمة والامتهان، كما في الدواب فقصدوا إلى تقليل التنازع ورفع الشغب عن الحكام باقتصارهم على هذه المدة التي يتبين العيب القديم فيها غالبا، بخلاف الأنعام فإنه يقام بالعيب فيها داخل الشهر وبعده.

وقد فرق بينهما القاضي المجاصي بأن العلة في ذلك قلة الديانة في البياطرة من جهة، وكون الشهر مظنة التقليب والاختيار بالحمل والركوب من جهة ثانية، وهذه الحالة موجودة في الدواب لاهتمام الناس بشأنها، بخلاف الأنعام فافترقا.

ثم إن المشتري إذا قام بالعيب وأنكر البائع يكلف المشتري بما يلي :

أ ـ ثبوت العيب.

---

106) ابو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد اليفرني الشهير بالقاضي المكناسي فقيهها وقاضيها المتوفى سنة 917 هـ.

ب - قدمــه.

جـ - كونه مما يخفى.

د - أن ينقص من الثمن نقصا له خطر و بال.

هـ - كونه أقدم من وقت التبايع.

ويجب التنبيه إلى أن هذا العمل انتقد من لدن بعضهم مصرحا بأن هذا العمل لا يعرف له مستند إلا فتوى صدرت من العبدوسي، فجعلها الفقهاء قاعدة مطردة متذرعين لها بقلة أمانة البياطرة والناس. وهذا التعليل ضعيف، إذ يلزم مثله في الأنعام أكثر. فهم بذلك حافظوا على حق البائع وأخلوا بحق المشترى، إذ قد يكون العيب لا يظهر إلا عند الإستعمال خاصة في السفر.. ثم أن البياطرة لا يتوقف عليهم في كل عيب، والأمان إذا قل في المشترى فهو في البائع أقل. ولذلك قال أبو العباس الهلالي في هذا العمل أن «الصواب ركوب جادة المذهب وترك تلك الفتوى، خاصة في النازلة التي وقعت فيها. وامامة العبدوسي لا تنكر، وليست تقتضي أن يترك المذهب لفتواه التي لم يظهر لها مستند..» (107).

وقد نظم هذا العمل أبو زيد الفاسي فقال :

وبعد شهر الدواب بالخصـــوص بالعيب لا ترد فافهم النصـــوص

107) نور البصر ص : 173

المبحث الثالـــث :

مسائل من الوقف والأكرية والاجـــارات

1) الوقف على البنين دون البنـــات :

الوقف والحبس لفظان مترادفان. والفقهاء يعبرون أحيانا بالوقف وأحيانا بالحبس. إلا أن التعبير بالوقف عندهم أقوى (108) والوقف كما عرفه ا بن عرفة : هو اعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازم بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا (109).

والوقف على البنين دون البنات مما خولف فيه المشهور وجرى به عمل القضاة والمفتين جريا على القول الضعيف في المذهب مخالفين في ذلك قول الإمام.

فقد نقل عنه أن «من حبس حبسا على ذكور ولده وأخرج البنات منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزا» (110).

وورد في المدونة أنه كره لمن حبس أن يخرج البنات (111).
وهو الذي اقتصر عليه خليل في مختصره (112).

---

108) انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص : 410

109) نفس المصدر ص : 411

110) انظر شرح الزقاقية لابي حفص الفاسي ص : 301

111) انظر المدونة الكبرى : 6 / 105

112) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 71

وقد حصل ا بن رشد في المسألة أر بعة أقوال :

1 ـ قول مالك : أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس و يرجع لملكه.

2 ـ أن المحبس يفسخه و يدخل فيه البنات وإن حيز عنه.

3 ـ أنه يفسخه و يدخل فيه البنات ما لم يحز عنه. فإن حيز عنه لم يفعل إلا برضى المحبس عنهم.

4 ـ انه لا يفسخ و يدخل فيه البنات وإن لم يحز عنه إلا برضى المحبس عليهم (113).

وقد أجاز المتأخرون هذا العمل وحملوا الكراهة في قول الإمام على التنزيه. وصححوا القول بالجواز (114).

قال أ بو ز يد الفاسي :

وحبس على البنين لا البنـــات بصحة وعدم البطـــلان آت

والذي يظهر أن هذا العمل محرج من حيث أنه يترتب عليه مشاكل وأقل ما يلاحظ عليه أنه يخلق العداوة والبغضاء بين الأ بناء. وقد تسبب فعلا في عدة مآس أدت بكثير من الناس إلى أن يقتتلوا بسبب ذلك. وأدى بالبنات إلى أن يلعنِ الآ باء.

هذا إلى شبهه بعمل أهل الجاهلية الذ ين كانوا يؤثرون الأ بناء على البنات بحيث كانوا إذا حضر أحدهم الموت خص بإرثه الذكور دون البنات على أنه قد ورد النهي عن أن يعطي الرجل بعض بنيه دون

113) انظر شرح السجلماسي لعمل فاس : 2 / 10

114) انظر شرح الزقاقية لابي حفص الفاسي ص : 310

بعض كما في حديث النعمان بن بشير (115) والغريب أن الذين أفتوا بالجواز لم يذكروا أي مبرر لجوازه.

2) الجلسة والجـــزاء

مسألة الجلسة من المسائل الشائكة. ثار حولها الجدل قديما وحديثا بين الفقهاء ولم يستطيعوا اعطاء رأى فيها فاصل.

ولا نزال نعيش مشاكلها وحوادثها حتىالآن. كما ان الجدل ماانفك يحتدم فيها بين أصحاب الملك والمكترين. وسنحاول لم شتاتها وتوضيح أصولها. ونرسم لها صورة تقريبية. مستعرضا أقوال المجوزين والمانعين. ثم نفرق بين الجلسة والجزاء من جهة. وبينهما وبين ما يعبر عنه حاليا بالزينة أو المفتاح من جهة ثانية. لنصل بعد ذلك إلى العمل الجاري بشراء المفتاح اليوم ومقارنته بين الصورة التي استقر عليها عمل الناس اليوم. وبين الجلسة في شكلها ومفهومها القديم بعد أن نعرف بها لغة واصطلاحا.

الجلسة لغـــة

الجلسة بكسر الجيم لغة : الهيئة التي يكون عليها الجالس. كما جاء في القاموس. وبفتح الجيم فتدل على الوحدة. وكثيرا ما ينطقها العامة بضم جيمها لكن مع جعلها كافا معقودة وجمعها جلس.

---

(115) انظر حديث النعمان بن بشير في صحيح البخاري 2 158

وفي اصطلاح الفقهاء : عرفت بتعاريف مختلفة. فقد عرفها عبد القادر الفاسي بأنها «عقد كراء على شرط متعارف» (116) وهو نفس التعريف الذي عرفها به القاضي بردلة (117) مع إضافة أن «لا يخرج إلا إذا رضي بالخروج أو يخل بالمصلحة. التي روعيت في أحداثها» (118).

وعرفها التماق (119) بأنها كراء خاص (أي كراء عقد مع معين) على شرط التبقية. على أن يقوم المكترى بالأصل (120).

فمعنى الجلسة إذن على الوجه المتعارف : انه شراء الجلوس والاقامة بدكان على الدوام والاستمرار. كمكتري الأرض للغرس والبناء بحيث لا يحق لصاحب الأصل اخراجه. وانما له كراء مثله بحسب الأوقات والأعراف. فكأن المكترى - على هذا الوجه - اشترى جلوسه وإقامته على الدوام والاستمرار. وهو بهذه الصفة يصير كأنه ملك الأصل دائما. فيتعرض للبيع والهبة والارث وغير ذلك. لذلك تغالوا في معاوضة ما ذكر بالثمن الذي له بال لأجل تلك التبقية.

و بصورة أوضح فان الجلسة هي كراء الحانوت أو الدار أو الفندق أو الفدان للسكنى أو غيرها من المنافع على التبقية بكراء المثل. بحيث أن المكترى اذا اكترى حانوتا لمدة مثلا وانقضت هذه المدة. وطلب رب

---

116) ازالة الدلسة عن وجه الجلسة مخطوط العالم الجليل سيدي محمد المنوني ضمن مجموع.

117) ابو عبد الله محمد العربي بن احمد بردلة الفاسي ولد سنة 1042 وتوفي سنة 1133 هـ.

118) ابو عبد الله محمد بن احمد بن محمد التماق الغرناطي الفاسي المتوفي سنة 1151 هـ.

119) ازالة الدلسة (مخطوط).

120) نفس المصدر.

الملك بالخروج وأبى، فليس له أن يلزمه بالخروج منها إلا برضاه، لأن العادة في ذلك على التبقية بشرط أن يكون ذلك بكراء المثل في لحظة المطالبة بالخروج، والمعرفة، ويصبح المكترى بذلك له الحق في أن يقدم بها على غيره، ولا تقوم إلا برضى صاحب الأصل والمكترى معا، بحيث لا يختص أحدهما برأي دون الآخر، ولا يلزم أحدهما الآخر بما يراه من الكراء، ولا من رفع اليد، ولا يتحكم أحدهما في الآخر.

ويكون ثمن الكراء الواجب لرب الأصل واجبا على المكترى سواء انتفع بما اكتراه أم لا، إلى غير ذلك من أمور غير منصوصة في الفقه وغير جارية على القواعد المقررة وانما هو عرف مصطلح عليه.

وقد وقف الفقهاء منها مواقف مختلفة، منهم من منعها جملة، وشدد النكير على عاقديها، وصرح - زيادة على أنها لا أصل لها شرعا - بأنها حرام.

ومنهم من اعتبرها محدثة إلا أنه يقطع بحرمتها، على الرغم من اعترافه بأنها لا أصل لها في الشريعة.

ومنهم من أجازها مطلقا.

وهذه وجهة نظر كل فريق :

فالشيخ ميارة لما سئل عنها قال : «أما مسألة الجلسة فلم أقف على نص فيها، ولا أظنه يوجد، لأنها محض اصطلاح من المتأخرين وأنها اشتملت على أمور مخالفة للشريعة» (121).

---

(121) ازالة الدلسة عن وجه الجلسة (مخطوط).

وبمثل هذا أجاب الشيخ عبد الواحد بن عاشر إذ صرح بأن مسألة «الجلسة التي حدثت لا أصل لها في الشرع (122).

وأشار الجلالي إلى أن الجلسة «أحدثها أهل الغصوبات من أنواع الجور. وقد وقع التشكي بظلمها أيام حياة العلماء حفاظ المذهب كالحميدي والسراح. ووقع الاهتمام بقطعها فلم يجدوا معينا ولا ناصرا من أهل الدولة. وتعصب أصحابها بذوي الجور والظلم. وبقي أمرها كذلك إلى أن قدم السلطان أحمد المنصور فرفع إليه أمرها فقطعها واستبد أرباب الأصول بمنفعة رباعهم. واضمحل ذلك الباطل وهكذا كان الحال عام 1013 هـ» (123).

وبنفس الرأى عبر المسناوي (124). فقد جاء كلامه «وبالجملة فأمر الجلسة مما غص به الناس قديما وحديثا لتحكم العوائد على القواعد وغلبة العامة على الخاصة مع الجهل منهم (125).

وقد ضمن ذلك ابن القاضي في قوله :

والجلسة التي جرت بفاس لدى الحوانيت بلا التباس
ليس لها في الشرع أصل يعتبر ولا قياس عند كل ذى نظر
ففعلها وبيعها حرام عند الجميع قاله الأعلام

---

122) نفس المصدر

123) نفس المصدر.

124) ابو عبد الله محمد بن احمد بن محمد بن ابي بكر الدلائي المسناوي له مؤلفات عدة مولدة سنة 1072 هـ والمتوفي سنة 1136 هـ.

125) ازالة الدلسة عن وجه الجلسة (مخطوط).

ويقول عبد القادر الفاسي : أن مسألة الجلسة فيها للناس اصطلاحات وقوانين قلما يجرى ذلك على أصل الشريعة (126).

إلا أن الشيخ التماق «يذهب إلى جوازها مطلقا، مصرحا بأن ليس في ذلك ما يقتضي المنع والتحريم، ورد على من قال بذلك جازما بأن ما ذهب إليه هو الصواب الذي لا يعدل عنه إلى غيره، واعتبره من قبيل العرف المصطلح عليه، «والأمر إذا اتخذه عرفا وعادة أهل المروءات والجمهور من الناس، لا ينبغي أن يكون حراما، والعرف في الجلسة من هذا النوع... سيما وقد أطبق على هذا العرف أهل العلم والدين من قضاة ومفتين ومدرسين وغيرهم، وعلى هذا لم يبق إلا التسليم بجوازها وحليتها» (127).

ثم استدل على ذلك برأي الأستاذ أبي سعيد ابن لب وهو : «ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم، ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن على خلاف أو وفاق، إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين، أو بمشهور من قول قائل» (128).

ورأى التماق هذا موافق لما صرح به ناظم عمل فاس وغيره.

وجه المصلحة في ذلـــــك

ووجه المصلحة في ذلك، أن في المغرب أوقافا من أراضي ودكاكين وأرحية وأفران وحمامات ونحو ذلك، معدة للكراء دائما لأنها غالبا حبست

---

126) شرح عمل فاس للسجلماسي : 1 - 440

127) ازالة الدلسة.

128) ازالة الدلسة

على من ينتفع بخراجها ولا يعمرها بنفسه، وأن كراءها يختلف بحسب فصول السنة من شتاء وصيف، فرأى النظار أن الأولى في الحبس أن يكون كراؤه بعقدة ليكون هذا في مقابل ذاك، ويعمر المدة كلها في وقت الرواج والكساد، ورأى المكترى أنه يطمئن على نفسه ولا يتعرض للخروج أن غلا السوق وارتفعت الأكرية في تلك المدة، ويغتفر ما في ذلك من الضرر ليسارته، والدخول عليه عادة (129) إذ لا تخلو عقود البياعات والاجارات من غرر، وهو ملازم لها في الجملة اجماعا، إلا أن يسيره مغتفر، وكثيره في التأثير في المنع معتبر.

لكل ذلك أجازوا هذه العقود في الأحباس أصالة وفي أملاك الناس الحاقا.

فالمصلحة التي روعيت في أحداث الجلسة اذن هي أن الذي تملك له الجلسة ويمكن منها جعل الأصل بيده على التبقية بكراء المثل، يكون بمثابة الناظر عليها يقوم بأمورها ويحوطها، ويناضل عن حقوقها ومرافقها، ويسعى في عمارتها، ويقف لاصلاحها وقوف المالك على ملكه مع تكفله بوجيبتها للحبس على النصفة غير مما طل ولا مسوف، عمرت الحانوت أو خلت، نفقت أو كسدت، كانت مرغوبا فيها أو عنها (130).

فلأجل ذلك كان يتسامح معه في الكراء، ولا تسلم لغيره ما دام قائما بالمصلحة المذكورة لم يفرط في الشيء المكترى، فإن لم يقم بحياطته، أو غفل حتى تعرض الأصل للضياع والتلف بسبب اهماله

129؛ نفس المصدر.

130؛ ازالة الدلسة.

انتزعت منه، وسقط حقه، كما إذا لم يرد التزام وجيبة الأصل والعقد على العادة المتعارفة بأن امتنع من ذلك.

لذلك اعتبر التماق الجلسة من المصلحة الكلية الحاجية (131).

ونشير إلى أن الجلسة والخلو والزينة والمفتاح شيء واحد كما صرح بذلك أبو العباس الرهوني (132).

إلا أن الخلو لغة أهل مصر، والجلسة تعبير المغاربة (133).

والزينة نسخت لفظة الجلسة وحلت محلها، والتعبير بالمفتاح اصطلاح المتأخرين، لا يزال شائعا على الألسنة لحد الساعة لفظا وتعاملا يجرى على السنة العوام كما يجرى على السنة الخواص، على أن الذي يفهم من كلام التماق أن الجلسة غير المفتاح ورد أبو العباس الرهوني ذلك معتبرا اياهما شيئا واحدا.

يقول الرهوني : «أن من تكون بيده الحانوت ينبغي أن يعطيه الداخل لها برضاه ما يتفقان عليه فيما بينهما ليرفع له يده عنها، ويسمون ذلك شراء المفتاح من الساكن، ولا مدخل في ذلك لذى الأصل الذي عقده أولا للساكن أو ذي المنفعة، وتسمى خلوا وجلسة وشراء المفتاح، ورفع اليد، كل ذلك شيء واحد» (134).

فمسألة الزينة المحدثة الشائعة مأخوذة من الجلسة وناسخة لها (135) وهكذا استمر العمل بجواز الجلسة :

---

131) نفس المصدر.

132) مختصر منة الكريم الفتاح مخطوط المكتبة العامة بتطوان بدون رقم.

133) نفس المصدر.

134) مختصر منة الكريم الفتاح.

135) تحفة الاكيناس : 1 / 266.

طلب من الشيخ الرهوني التطواني أن يصدر فتوى في شأن مسألة شراء المفتاح أيام الحماية الإسبانية على شمال المغرب بأمر من وزير العدلية آنذاك، فأفتى بجواب مطول يهمنا منه ما يلي :

«ومسألة المفتاح قد استمرت كما نرى بالمغرب والمشرق من المائة التاسعة للهجرة إلى الآن، وإبطالها الآن ونسخها اضاعة لأموال عظيمة لا تصيفها الشريعة المطهرة، مع أنه لا ضرر على الأحباس فيها مادام الناظر بيده تقويم الكراء كلما تغيرت الأسعار من انخفاض وارتفاع، وهو حكم عام في الجلسة وغيرها» (136).

إذا ثبت هذا فما يفعله الناس اليوم ويتعاملون به ويجرون عليه في تصرفاتهم من بيع المفتاح سواء تعلق الأمر بالدكاكين أو الدور أو غيرها. يبدو من خلال أقوال الفقهاء أولا ومن تعارف الناس عليه ثانيا أنه جائز ولا يضره كونه لم يرد فيه نص، فشأن العمل أن يعطى حكما لمسألة عريت عن النص، أما إن ثبت فيها فلا فائدة من المصير إلى العمل فهي مسألة طرأت على المجتمع وصارت عرفا شائعا بين الناس وجب أن يعطاها حكم مناسب يوافق هدف الشريعة ويحقق المصلحة...

والأمر في هذا لم يعد مقتصرا على أملاك الأحباس فحسب، وإنما تعداها إلى أملاك الناس، فالرجل يكترى دكانه اليوم بثمن ولن يمضي عليه إلا زمن يسير حتى ترتفع قيمته، وبمجرد ما ينعقد الكراء يصبح للمكترى الحق في التصرف فيه كيف شاء، فله أن يبيع المفتاح - (وهي

136) مختصر منة الكريم الفتاح.

كناية عن بيع المنفعة) دون أن يستشير رب الملك، والأمر كذلك في الدور، ما عدا الأصل فهو ثابت لصاحبه.

الجـــــزاء

أما الجزاء فهو : كراء الأرض للبناء أو للغرس أو للزراعة وهو جار في أرض الأحباس على التبقية وإن لم ينص عليها، وأن لصاحب الجزاء أن يبيع ويهب ويورث عنه، وأنه بعد مضى المدة التي وقع العقد عليها يقومها أرباب البصر وما يقومونه به سنويا أو شهريا لازم لكل من الناظر وصاحب الجزاء (137).

ثم أن الأرض من حيث هي يقع التفاوض فيها على ثلاثة أوجه :

1 ـ تارة يباع أصلها ولا عقد كراء فيها وهذا واضح.

2 ـ وتارة تباع منفعتها بالكراء على وجه التبقية فيها للمكترى.

3 ـ وتارة تباع منفعتها لا على التبقية.

والمقصود هنا الواسطة المذكورة وهي أقرب إلى البيع منها للكراء، لأن المكترى فيها صار كمالك الأصل، فكأن الأرض بهذه المثابة لها مالكان على الدوام، مالك الأصل ومالك منفعة مبقاة (138).

وبهذا تصبح الجلسة والجزاء شيئا واحدا كما جزم بذلك الشيخ التماق، وأن كلا منهما جائز ليس فيه ما يقتضي التحريم والمنع (139).

---

137) ازالة الدلسة (مخطوط).

138) ازالة الدلسة.

139) ازالة الدلسة.

3 ـ مسألة الخماس :

من القضايا التي جرى بها العمل ـ وهي مخالفة للأصول ـ مسألة الخماس. فقد تساهل الفقهاء فيها للضرورة الداعية إلى ارتكابها، مع أنها مشكلة لم يتضح وجه الجواز فيها..

صورتها

وصورتها في شكلها التبسيطي أن يخرج أحد المشاركين في الزراعة جميع ما يحتاج إليه من أرض وبذر وآلة، والآخر عمل يده فقط. على أن يكون للعامل جزء من الزرع كالخمس مثلا، وللآخر الذي أعطى الأرض والبذر والآلة ما بقى من محصول ما تجمع من الغلة.

وجه الاشكال فيها :

ووجه الاشكال فيها : عدم تمحضها للشركة أو للإجارة وعدم توفر شروط الصحة لواحدة منها.

وقد حصل ابن رشد في المسألة ثلاثة أوجه :

أ ـ أن يعقداها بلفظ الشركة فتجوز.

ب ـ أن يعقداها بلفظ الاجارة فلا تجوز.

جـ ـ أن لا يسميا في عقدهما شركة ولا اجارة.

والقسم الأخير حمله ابن القاسم على الاجارة فلم يجزه، وحمله سحنون على الشركة فأجازه ـ وإلى الأول ذهب ابن حبيب (140).

---

(140) رفع الالتباس لابن رحال مخطوط خ. ع. بالرباط رقم 1862 د.
وشرح السجلماسي لعمل فاس : 1 368 وتحفة الاكياس : 1 276.

وجه مخالفتها للقواعـــــد

ووجه مخالفتها لقواعد الشرع : الجهل بقدر الأجرة، إن تم الزرع، وللغرر إن وقعت جائحة، وذلك لا يجوز، لأنها بيع منافع، لكن أجيزت ورخص فيها لضرورة احتياج الناس إلى من يعينهم على معاشهم، مع انعدام من يواجر على الوجه الجائز وعدم قدرة السلطة على التدخل لارغام الناس على الشركة الحقيقية، ولذلك وقع بسبب الضرورة تساهل لارتكابها. يقول ابن عاشر في شأنها أما مسألة شركتنا بفاس فلم تجر على طريق واحد، فليست شركة، لأن الشركة تقتضي الاشتراك في كل شيء، والعامل عندنا لم يعط شيئا من المال لا زريعة ولا غيرها.

والشريك يأخذ جزءا من الربح بكامله، وعندنا لم يأخذ جزءا من التبن، فقويت فيه الإجارة ولم تجر على الاجارة إلى طريق، لأن الإجارة لا بد أن تكون بشيء معلوم، وهذا لا يدرى هل يأخذ وسقا أو عشرة، وقيل فيها غير هذا (141).

تضارب الآراء فيهـــا :

ويروى العميرى في هذه المسألة أن الناس قد تكلموا فيها قديما وحديثا فمن مانع لها ومن مجيز للضرورة، والجمهور على المنع، ونقل ابن ناجي في شرح الرسالة جوازها للضرورة (142).

---

141) الامليات الفاشية (مخطوط) وتحفة الأكياس : 1 / 276.

142) الامليات الفاشية.

ومن الذين منعوها الفقيه أبو محمد الهنتائي الذي وصفها بأنها اجارة فاسدة وليست شركة، لأن الشركة تستدعي الاشتراك في الأصول، ورد على من زعم أنها جائزة للضرورة بأن عدم المساعد لا ينهض عذرا، لأن علة الفساد في ذلك إنما هي من اهمال حملة الشريعة، ولو تعرضوا لفسخ عقود ذوى الفساد، لما استقروا على فسادهم (143).

وقد جرى عمل الأندلس فيها بقول عيسى بن دينار، وهي على رأى مالك لا تجوز، لأن فيها غررا وجهلا (144).

ويرى القاضي عبد الوهاب أن من أجازها ألحقها بالمساقاة والقراض، وهما خارجان عن القياس، فقد ورد في كلامه أنه «لا خلاف بين الأمة في جواز القراض، لأن الضرورة داعة اليه، ولأن بالناس حاجة إلى التصرف في أموالهم وتنميتها والتجارة فيها، فليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه، فدعت الضرورة إلى اعتباره» (145).

وقد رد ابن رحال على من منعها بقوله : «الصواب هو ما الناس عليه، لأن ضرورتهم أباحت لهم ما ارتكبوه، فقد ظهر والحمد لله - الجواز والسلامة من الإثم في شركة الخماس - ولا نجد عالما في الحقيقة إلا وهو يوسع على الناس ويضيق على نفسه، والناس لم تقصد الحرام، وإنما تقصد المعاش.

«ومن مازج الحراثين وعانى شدائد الحرث، علم أن هذه الاعتراضات ساقطة غاية، وبيان ذلك أن الزرع ومشاقه كثيرة غاية، فإن الزرع يحتاج

143) وشي المعاصم ورقة 157.

144) رفع الالتباس عن شركة الخماس (مخطوط).

145) المصدر.

لمباشرة الحرث وليس كل الناس يحسن الحرث، ومن مازج الفلاحين عرف هذا كله. فإن الخماس يحافظ على الزرع أكثر لكثرة احتياجه إلى الزرع. ولذلك انكب الناس على الخماس وتركوا الأجير والناس أعرف بمعاشهم.

وكثير من الفقهاء يصرحون أن شركة الخماس حرام وذلك جهل منهم وتشويش على المساكين (146).

وقد نظم هذه المسألة أبو زيد الفاسي في عملياته فقال :

وأجرة الخماس أمر مشكـــــل وللضرورة بها تساهـــــل

فائدة الخلاف

تظهر في الزكاة. فعلى قول ابن القاسم إنما له اجارة مثله. فزكاة الزرع على ربه. وعلى قول سحنون على الخماس زكاة زرعه.

شروطها :

وعلى رأي سحنون تجوز هذه الشركة بثلاثة شروط :

1 ـ أن يختبر الخماس الأرض.

2 ـ أن يخرج رب الأرض الزوج.

146) رفع الالتباس.

3 ـ وأن لا يشترط صاحب الأرض على الخماس عملا زائدا على عمل المزارعة. كذلك لا يجوز أن يشترط هو على رب الأرض شيئا يأخذه منه (147).

والمصلحة تقتضي جوازها. لأن الناس أدرى بمعاملاتهم وما يناسبهم، رغم ما فيها من غرر وجهل. فقد صرح الحافظ البرزلي بأن المعاملة الفاسدة تجوز لمن لا يجد مندوحة عنها. كالاجارة والمزارعة والشركة وغير ذلك من سائر المعاملات، وقد روى عن الفقيه ابن عيشون (148) أنه خاف على زرعه الهلاك فواجر عليه إجارة فاسدة حين لم يجد الجائزة (149).

وقد صرح الجزولي بأن الناس لو اضطروا إلى المعاملة بالحرام ولم يوجد من يتعامل بالحلال أو كان لا يوجد إلا من يشترك شركة فاسدة إذا تحققت الضرورة في كل هذا فتجوز (150).

ونقل صاحب المعيار عن أصبغ أنه «ينظر إلى أمر الناس فما اضطروا إليه مما لا بد منه، ولا يجدون العمل إلا به، فأرجو أن لا يكون به بأس إذا عم».

فهذا مما يدل للجواز مع الضرورة (151).

---

147) شرح العمل الفاسي للسجلماسي : 1 / 372.

148) ابو العباس احمد بن خلف بن عيشون الفقيه الاصولي المتوفي سنة 531 هـ

149) شرح العمل الفاسي للسجلماسي : 1 / 372.

150) تحفة الاكياس : 1 / 277.

151) المصدر : 1 / 278.

على أن هذه الحالة التي كانت سائدة في المجتمع المغربي قد تلاشت الآن أو كادت، نظرا لتطور أسلوب العيش والزراعة.

تضمـيـن الـرعـاة

جرت العادة في المغرب ـ منذ القدم ـ أن يلقى الناس بمواشيهم ودوابهم إلى شخص ينصب نفسه لرعي كل من أتاه بمواشيه أو دوابه ويسمى الراعي المشترك. وهو الذي عناه أبو علي ابن رحال بأنه هو الذي يرعى لسائر الناس (152)، ولا يزال العمل جاريا به إلى الآن.

وقد جرى العمل بتضمينه لما تلف أو ضاع عنده إلحاقا له بالصانع المجمع على تضمينه. وهذا بالنسبة إلى الراعي المشترك أما راعي شخص واحد أو أشخاص مخصوصين فلا يضمن.

الأصل في الأجير :

والأصل في الأجير من حيث هو ـ كان راعيا أو غيره ـ أنه أمين لا ضمان عليه، إلا ما استثناه الأئمة وضمنوه للمصلحة العامة كالصانع.

والمشهور في المذهب أن لاضمان على الراعي مشتركا كان أو غيره، وهو مذهب المدونة، فقد جاء فيها : «لا ضمان على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو لرجل واحد، ولا يضمن ما سرق إلا أن تشهد بينة أنه ضيع أو فرط. قال أبو الزناد وإلا لم يلزمه إلا اليمين» (153).

---

152) حاشية ابن رحال على شرح ميارة للتحفة : 2 : 192.

153) المدونة الكبرى : 4 : 439.

القول الذي جرى به العمل :

والقول الشاذ الذي جرى به العمل منقول عن جماعة من التابعين، وهو الذي اختاره ابن حبيب حاكيا خلاف العلماء في ذلك : «اختلف أهل العلم في الراعي الذي ورد الحديث بسقوط الضمان عنه، فعن مالك وأصحابه أنه كل راع مشتركا كان أو غيره مالم يتعد أو يفرط، وقال ابن المسيب (154) والحسن ومكحول (155) والأوزاعي أنه الراعي لرجل خاص، فأما المشترك فهو ضامن حتى يأتي بالمخرج، والأخذ بهذا القول أحب إلي، لأنه صار كالصانع» (156).

ويبدو أن أهل الأندلس لم يجر عندهم هذا العمل ولم يعرجوا على قول ابن حبيب هذا، لأن صاحب التحفة عد الراعي من جملة الأمناء الذين لا يضمنون (157).

ونقل عن ابن سلمون أنه قال : لا ضمان على الراعي فيما تلف من الغنم وغيرها، إذا لم يتعد ولا فرط، وعليه فيما ضل وهلك اليمين أنه ما فرط ولا تعدى (158).

الأسباب الداعية إلى التضمين

يعلل اليزناسني تضمين الرعاة بما يلي :

---

154) مكحول بن عامر القارىء الشامي احد السبعة المتوفي سنة 118 هـ.

155) سعيد بن المسيب سيد التابعين المتوفي سنة 91 هـ

156) التبصرة : 2 339.

157) شرح ميارة للتحفة 2 190.

158) شرح ميارة للتحفة وشرح السجلماسي : 1 218.

1 ـ لما يظهر عليهم من مخايل الكذب وتعديهم وتفريطهم وهو غالب أحوالهم، وان الحكم بعدم تضمينهم يؤدي إلى تلف كثير من أموال الناس لاضطرارهم إليه في كثير من الأحيان.

2 ـ للمصلحة العامة التي هي من أصول مذهب مالك، والتي يجب مراعاتها وهي مما شهد لها الشرع بالاعتبار (159).

قال أبو علي ابن رحال : «القياس والنظر عدم ضمان الراعي المشترك والذي تقتضيه كثرة خيانة الرعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه، وهذا هو الذي نختاره فيه (160).

ولعل هذا ما رجح لدى ناظم عمل فاس إذ قال :

ضمان راعي غنم الناس رعي　　ألحقه بالصانع في الغرم تعي

وهي من عمليات متبوعه الزقاق :

كذا غرم الرعاة قد انجلا.

إلا أن الونشريسي أنكر هذا العمل إنكارا شديدا وألف فيه تأليفا (161). رد فيه على العبدوسي وأبي عبد الله القوري (161) ومن احتج بفتواهما. ذاهبا إلى أن هناك فرقا بين الراعي و بين الصانع من حيث أن الراعي لم يؤثر في أعيان الغنم فكان بمنزلة الأمين ولم يشبه الصانع.

---

159) وشي المعاصم (مخطوط).

160) حشية ابن رحال على شرح ميارة للتحفة : 2 / 192.

161) سماه : اضاءة الحلك والمرجع بالدرك على من أفتى من فقهاء فاس بتضمين الراعي المشترك.

162) شرح السجلماسي : 1 / 220.

وبأن الإنسان يقدر على الرعي بنفسه، فليست الضرورة في الرعي كالضرورة في الصانع. وهو كلام ـ كما نرى وجيه.

وقد ناقش السجلماسي رأي الونشريسي بكلام لا يسلم له، قال : «والظن بعلمائنا المتأخرين لولا أن عندهم ما يقاوم الأمور التي استدل بها الونشريسي أو يردها عليه، ما تركوا العمل بالمشهور وتمادوا على الحكم بالشاذ» (163).

وهذا كلام ـ كما يبدو ـ غير مقنع ولا ينهض حجة لما أراده، إذ كثيرا ما رأينا الفقهاء المتأخرين يجرون العمل على غير مستند صحيح جهلا أو جورا، إلا أنه ما دام القول الضعيف واردا في المسألة، فلا مانع من جريان العمل به، وهي قاعدة طالما اعتمدها الفقهاء في مسائل العمل.

ولا بد من التنبيه إلى أن هذا العمل لا بد فيه من مراعاة الشرطين الآتييـن :

1 ـ هذا العمل الجاري بالتضمين هو خاص بالراعي المشترك. أما الخاص فهو على أصل الأمانة لا ضمان عليه إلا بتعد أو تفريط.

2 ـ يجب تقييد ما جرى به العمل من تضمين الراعي المشترك بأن لا تكون له بينة على الضياع بغير سببه، وإلا سقط عنه الضمان.

أجرة الدلال

هذه المسألة لا نزال نعيش جريان العمل بها إلى الآن في مختلف أنحاء المغرب.

---

163) شرح العمل للسجلماسي : 1 / 220.

وهي من المشكلات التي شغلت بال الفقهاء وثار بينهم فيها جدل كبير، ولم يستطيعوا أن يقطعوا فيها برأي، لأنها ركبت من الاجارة والجعل معا، فهي إجارة من حيث لزومها بالعقد على قول، وجعل من جهة كون الدلال لا يستحق شيئا إلا بتمام العمل، ولذلك استشكلها «السجلماسي» في شرحه لعمل فاس مصرحا بأنها من مشكلات ما نظمه أبو زيد الفاسي إذ لم يجد ما يوافقها من كلام الأئمة (164).

صورتها :

والدلالة في العرف هي «السمسرة» والعمل الشائع فيها عند الناس قديما وحديثا أن يعطى المرء سلعته (بضاعته) للسمسار ليصيح بها ويعرضها للبيع في أسواق عمومية، وعادة ما تجرى السمسرة بين العصر والمغرب، حتى إذا انقطعت الزيادة فيها استأذن الدلال صاحبها، فإن وافق على البيع، استحق الدلال الأجرة كاملة، وهذه الأجرة تجرى على العرف بحسب المكان والزمان وقيمة الشيء المباع وإن لم تبع فلا شيء له ولا شك أن هذا العقد لم يتمحض للجعل ولا للإجارة، فهو جعل من حيث أن السمسار لا يستحق شيئا إلا بأنهاء البيع، وهي اجارة من حيث الدخول على التأجيل، وان لم يصرحا بذلك لكون العادة جرت بأن الدلال ليس له الحق في احتضان السلعة بعد افتراق السوق ليستأنف

---

164) انظر شرح السجلماسي لعمل فاس : 1 / 242 ـ وقوله لم يجد ما يوافقها من كلام الائمة ان كان يقصد بهم المالكية فنعم اما غيرهم فقد روى البخاري عن ابن عباس قال : لا باس ان يقول بع هذا الثوب بكذا فما زاد فهو لك قال : ولم ير ابن سيرين وعطا وابراهيم والحسن باجر السمسار باسا. وذكر عن ابن سيرين انه قال : اذا قال : بع بكذا فما كان من ربح فهو لك او بيني وبينك فلا باس به.. انظر صحيح البخاري بشرح فتح البارى 5 / 357 ـ 358.

العمل من جديد في وقت آخر، فصار بهذا الاعتبار كأنهما دخلا على ضرب الأجل.

ومن المقرر لدى الفقهاء : أن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العائد المتعارفة (165).

الدلالة وأصول المذهب :

وأصول مذهب مالك تقتضي منع هذه المعاملة، لأن من شرط صحة الجعل (166) والإجارة أن يكونا معلومين من حيث الثمن ووصف العمل (167).

ويصرح أبو سعيد ابن لب أن الفقهاء راعوا فيها الضرورة للجواز بسبب قلة الأمانة، ومن أصول مالك مراعاة الضرورات (168).

ونقل عنه السجلماسي أنه قاسها على مسألة إعطاء الأجباح لمن يستثمرها بجزء من غلتها (169).

وجوازها بهذه الصفة جار على رأي من يستبيح القياس على القراض والمساقاة.

---

165) انظر شرح السجلماسي للعمل : 1 / 242.

166) عرف ابن عرفة الجعل بقوله : عقد معاوضة على عمل ادمي بعوض غير ناشيء عن حمله به لا يجب الا بتمامه انظر شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص : 402 وشرح ميارة للتحفة : 2 / 105 وحسب هذا التعريف فان عمل الناس في الدلالة يخالفه...

167) انظر شرح ميارة للتحفة 2 / 102.

168) انظر الامليات الفاشية (مخطوط).

169) انظر شرح العمل للسجلماسي % 1 / 244.

وقد حكي هذا الأصل عن ابن سيرين (170) وجماعة، وعليه يتخرج عمل الناس اليوم في أجرة الدلالة، لأنها مجهولة، لكن ألجأ الناس إلى ذلك قلة الأمانة، وكثرة الخيانة، وعلى غرار ما اعتذر به مالك في إباحة تأخير الأجرة في الكراء المضمون في طريق الحج (171).

المبحث الرابع :

مسائل من الأقضية والشهادات

(1) العقوبة بالمال :

مسألة العقوبة بالمال (172) من المسائل التي شغلت بال الفقهاء في مطلع القرن التاسع الهجرى، ووقع النزاع في شأنها بين فقهاء تونس قبل أن تنتقل عدواها إلى المغرب في مطلع القرن العاشر الهجرى.

---

170) ابو بكر محمد بن سيرين البصري احد فقهاء البصرة المشهورين توفي في 9 شوال سنة 110 هـ.

171) شرح ميارة للتحفة : 2 / 102 وشرح العمل الفاسي للسجلماسي : 1 244، وتحفة الاكياس : 1 / 282.

172) هي مسالة لها وجهان : عقوبة بالمال، وعقوبة فيه.

فالاولى مثل : من جني جناية عدوانا على نفس او مال يعاقبه من له سلطة باخذ مال منه على جنايته بحسب ما يظهر له قلة وكثرة، وهذا في راي جمهور العلماء حرام باجماع الا من شذ منهم على ما سنذكره بعد..

والثاني العقوبة باتلاف مال الجاني المغشوش من احراقه او ارامته او طرحه او التصدق به بمعنى عقوبة الجاني في ماله باتلافه عليه، وهذا الوجه فيه تفصيل : ان كان ذلك المال يستعين به على ارتكاب المعاصي التي عوقب عليها لم تجز على المشهور وان لم يكن للمال مدخل في ارتكاب المعصية، فالظاهر في كلام الفقهاء ان العقوبة فيه لا تجوز باتفاق.. انظر الامليات الفاشية (مخطوط) ونوازل العلمي : 2 / 266 وشرح لامية الزقاق لابي حفص الفاسي ص 250.

فقد احتدم فيها النزاع بين الشيخ أبي القاسم البرزلي ومعاصريه عندما أفتى بالجواز، وخالفه جميع فقهاء ذلك العصر، واتهموه بخرق الاجماع وألف في الرد عليه عصريه أبو العباس ابن الشماع (173).

أما المغرب : فقد وجد فيه من الفقهاء من يناصر قول البرزلي كما يتضح ذلك مما يأتي وشيكا :

سنـــد المجوزيــــن :

الذين قالوا بالجواز نظروا إلى أحوال الناس وظروفهم حيث كثرت الجرائم وتعذر اقامة الحدود على وجهها الشرعي، خاصة في بعض قبائل المغرب لما كثرت عمليات النهب والقتل والاغتصاب، مما دفع بالقبائل إلى أن تطبق في شأنها الأحكام العرفية في حق كل من جنى جناية أو ارتكب جريمة.

الأصل في العقوبـــة :

والأصل في العقوبة أن تكون في الأبدان لا في الأموال، ولكن أمام عجز السلطة أو انعدامها، لجأ الناس إلى تطبيق العقوبة بالمال، مراعين فيها الضرورة والمصلحة، لأنهم لا حظوا أن تركها فيه من المفسدة والضرر الحاصل للمعاقب بها، أقل من الضرر الحاصل للناس عامة.

---

173) ابو العباس أحمد بن محمد شهر بابن الشماع الهنتاتي التونسي فقيه محقق أخذ عن ابن عرفة وغيره توفي سنة 833 وقيل 839 هـ.
انظر في ترجمته شجرة النور الزكية ص : 244.

وبما أن جمهور الفقهاء أفتوا بالمنع، فإننا نقصر الكلام فقط على من أجازها، وسنرى من خلال استعراضنا لأقوال المجيزين، أن الأمر ليس كما زعم ناظم عمل فاس، من أن نسخها انعقد عليه الاجماع (174).

المجيـــزون :

فمن الفقهاء الذين أجازوها من المغاربة : الفقيه ابن العقدة (175) والشيخ أبو القاسم ابن خجو (176)، والفقيه أبو عمران موسى بن علي الوزاني، الذي أصدر فتوى مطولة في شأنها نقلها العلمي في نوازله (177) ومما ورد فيها «اعلم أن فتوى البرزلي بجواز العقوبة بالمال ثابتة أي اثبات فشد يدك عليها شد من لا تدهشه رعود أهل التمويهات وحرض على الكبريت الأحمر والسراج الأضوى، والمذهب العارى عن الأهوا، جميع من له يد من الأشياخ والمقدمين والقواد اقامة الحدود البدنية لمن وجبت عليه من الجناة، فإن تعذر ذلك فعلى العقوبة المالية عملا بفتوى من العمل بفتواه سفينة ناجية» (178).

والوزاني هذا كان يعزز قوله بالعمل، فقد كان يطوف صحبة الشيخ الهبطي وابن خجو وأبي علي الحسن ابن عرضون بقبائل غمارة

---

174) وقد رد القاضي العمري هذا الراي بقوله :

قلت على النسخ حكيت الاجماع ... ما القول في مخالف ابن الشماع

انظر الامليات الفاشية (مخطوط).

175) هو موسى بن العقدة الاغصاوي انظر ترجمته في دوحة الناشر ص : 34 تحقيق حجي.

176) ابو القاسم بن خجو الحساني الخلوفي فقيه نوازلي توفي سنة 956 هـ (1549).

177) نوازل العلمي : 2 : 266.

178) نفس المصدر.

يأمرون بأخذ المال والمتمول من الجناة حسبما يحكيه عنهم أبو العباس ابن عرضون (179).وقد رجح الجواز أبو حامد الفاسي مستدلا بالمصلحة والضرورة، إذ المقرر في مجرى العادة أنه إذا خلا الوقت عن السلطان وبقي الناس فوضى لا إمام لهم، تعذرت إقامة الحدود لعدم التمكن من إقامتها، فأمر الناس دائر بين أمرين :

أما أن يهملوا البتة فلا يزجرون عن موجبات الحدود، وفي ذلك من المفسدة ما لا يخفى، وإما أن يزجرهم عن ذلك من له قدرة على نوع من الزجر بمبلغ قدرته، وذلك مقتض لدفع الضرر والفساد، وصلاح البلاد وانتظام أمور العباد.

ويرى هذا العالم أن هذا هو الموافق للحكمة الشرعية في حفظ الكليات والجارى على المعروف من الشريعة، معتبرا هذا من قبيل تغيير المنكر.

وبعد أن يقسم العقوبة إلى عقوبة في المال وعقوبة به، حكى عن الإمام الشاطبي أن العقوبة في المال ثابتة عن الإمام مالك، ولها أصل ثابت على كل حال (180).

وأما العقوبة بالمال، فبعد أن رأى أن لا إشكال في منعها وتحريمها قال : «إلا أننا نقول إنها في هذا الزمان في محل الضرورة، وفعلها عـام المصلحة، كما أن تركها عام المفسدة».

---

179) مقنع المحتاج مخطوط : خ. ع. بالرباط رقم 1026 ك.

180) انظر : شرح عمر الفاسي للزقاقية ص : 262.

ورأى أن أصلها القياس على الرخص المباحة للضرورة، والضرورة هنا ملجئة إلى العقوبة بالمال، كما ألجأت إلى شرب الخمر للغصة، وتناول مال الغير لسد الرمق. كما قاسها على مبدإ ارتكاب أخف الضررين، ولا خفاء أن ضرر العقوبة بالمال أقل من ضرر الحرابة بقطع السبيل، ونهب أموال الناس، واراقة دمائهم، وبعد أن أستعرض كثيرا من النظائر التي يجوز القياس عليها، خلص إلى القول بأن «حكمها كحكم ما تقدم من أخذ المال للمصلحة وللضرورات، وللنوازل أحكام تخصها بحسب ضروريتها المتجددة، وقد قال الشاطبي أن تنزيل العلم على مجارى العادات تصحيح لذلك العلم، وبرهان عليه إذا جرى على استقامة، فإذا لم يجر فغير صحيح، وإذا لم يجر الحكم على مقتضى الوجود والعادة كان في الغالب من تكليف ما لا يطاق» (181).

والحاصل أن العقوبة بالمال أو فيه - إن كانت تؤدى إلى مصلحة، وتزجر الناس عن ارتكاب الفتن والموبقات في الوقت الذي لا يوجد من يقيم الحدود على وجهها الشرعي، فذلك يتمشى مع المصلحة ولا يضيره كونه مخالفا، فليس هناك ما يخالف النصوص إذا تحققت مصالح الناس.

(2) شهادة الابن مع أبيـــه :

مشهور مذهب مالك : أن شهادة الابن مع أبيه تعتبر شهادة واحدة، كما نص على ذلك الشيخ خليل في مختصره قائلا : «وشهادة ابن مع أب واحدة» (182).

---

181) انظر هذه الفتوى بأتمها في شرح عمر الفاسي للامية الزقاق ابتداء من ص : 150 الى ص 268.

182) انظر المختصر : بحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4 / 204.

لكن أهل الأندلس خالفوا المشهور في هذه المسألة، وجرى العمل عندهم أن الابن والأب يشهدان في محل واحد في نكاح أو بيع أو غيرهما ويجوز ذلك ويقبل كل منهما شرعا وإن لم يكونا مبرزين عند ابن الماجشون (183). وإلى هذا يشير ابن عاصم في تحفته:

وساغ أن يشهد الابن في محـــل مع أبيه وبه جرى العمـــل

وقد بدأ العمل بهذا في المغرب كما يحكي السجلماسي (184) في القرن 10 هـ ذلك أن القاضي ابراهيم الجلالي يذكر أن الإمام السراج كان يفتي فيها بقول المختصر الذي هو المشهور، والإمام الحميدى بقول ابن عاصم، واحتدم الخلاف بين الفقيهين عندما جلس ابن أحد الفقهاء مع أبيه في دكان بسماط العدول باذن من قاضي الجماعة (الحميدي)، فعارض ذلك السراج، وكان دأبه الوقوف مع المشهور في كل فتاويه، والاقتصار على ما ورد في المختصر، ورفع أمرها إلى السلطان أحمد المنصور السعدى، واجتمع الفقهاء من مراكش وفاس وشفشاون وتناظروا حول رأي أصبغ ومن تبعه من الفقهاء القائلين بعدم الاكتفاء بشهادة الابن مع أبيه، وضرورة اضافة شاهد أو يمين المدعي في الأموال، معللين ذلك بأن شهادة الأب لابنه أو العكس لا تكفي، واستقر رأيهم في الأخير على ما سار عليه أهل الأندلس، لأنه الأرفق بالناس والأوفق، ورجحت كفة

183) تحفة الأكياس : 2 / 57.

184) شرح السجلماسي لعمل فاس : 2 / 204.

القاضي الحميدي لعلمه بالصناعة التوثيقية وتدريبه عليها بالمباشرة للعمل (185).

وما دام كل من الأب والا بن متوفرا على شروط العدالة المنصوص عليها وما دام تعليل تزكية كل منهما للآخر غير متجه إذا قبلهما القاضي الذي يرجع إليه أمر تعديل الشهود أو تجريحهم، فلا معنى للإبطال.

نقل ميارة عن ا بن رشد أن «الخلاف في شهادة الأب عند ا بنه والا بن عند أ بيه، وشهادة كل منهما على شهادة صاحبه ـ واحد، قيل كل ذلك جائز، وهو قول سحنون ومطرف، وقيل غير جائز ـ وهو قول أصبغ، وفرق ا بن الماجشون» (186).

ويظهر أن فقهاء الأندلس لم يكونوا كلهم متفقين على جواز هذه الشهادة، فقد نقل ميارة عن بعض شيوخ الشورى بقرطبة ما نصه، «أن شهادة الأخوين في حق واحد لرجل جائز، وليس كالا بن مع أ بيه» (187).

كما أن المغاربة لم يتفقوا جميعهم على ذلك. فليس الفقيه السراج وحده هو الذي قال بالمنع، بل منع ذلك القاضيان أ بو فارس عبد العزيز الفلالي وأبو القاسم ا بن النعيم اللذان كانا يعتبران شهادة الأب مع ا بنه شهادة واحدة (188).

---

185) شرح ميارة لتحفة الحكام : 1 / 59.

186) المسألة الشهية للجلالي ص : 22 مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 7423.

187) شرح ميارة للتحفة : 1 / 59.

188) شرح السجلماسي للعمل : 2 / 204.

وحمل العربي الفاسي قول ابن عاصم على تغاير العملين بالزمان والمكان، ونفس الشيء يحكيه عبد الرحمن الفاسي عن شيخه ابن سودة ـ حاكيا عن أحد فقهاء فاس أنه ذكر له ما عند ابن القاسم، فقال : ذلك في زمانه ومكانه ـ أي لم يقبله، ولكنه يعلق على ذلك بقوله : «كأنه لم يعرف ما انفصل عليه مجلس أحمد المنصور وما به العمل (189).

ونقل السجلماسي عن صاحب «معين الحكام» أن القول يكون شهادة الأب مع ابنه شهادتين، أعدل من القول بأنهما شهادة واحدة (190).

3) شهادة اللفيف أو الشهادة العرفيـــة :

هي من المسائل التي خالف فيها الفقهاء الأصول، وجرى بها العمل عند المتأخرين على غير أصول الشرع.

تعريفهـــا :

هي شهادة عدد كثير من الناس لا تتوفر فيهم شروط العدالة المقررة، بحيث يحصل بها العلم على وجه التواتر.

---

189) نفس المصدر.

190) نفس المصدر.

بداية العمل بهـــا :

ولا يعرف على وجه التحديد متى بدأ العمل بهذا النوع من الشهادة. وذكر أبو حامد الفاسي أن ذلك بدأ قبل القرن 10 هـ (191).

والظاهر أنها تطورت عبر التاريخ في كل من الأندلس والمغرب. ففي القرن الخامس الهجرى لم يقبل قاضي قرطبة أبو عبد الله ابن الحاج (192) شهادة خمسين رجلا من عامة الناس، ولم يحكم بمقتضاها. وفي القرن الثامن الهجرى سئل قاضي فاس أبو الحسن الصغير عن رسم شهد فيه واحد وثلاثون رجلا هل يكتفى فيه بمجرد العدد القطعي كالتواتر ؟ فقال : لا بد من شهادة العدول وهو الذي قال في شأنها أنها لا مستند لها، إنما هو شيء اصطلح عليه المتأخرون لتعذر وجود العدول في كل وقت وكل موضع وكل نازلة، واقتصارهم على اثني عشر رجلا لا أصل له (193).

ويرى أبو حامد الفاسي أن هذا العمل لا نص في عينه، وإنما عمل به الناس استحسانا وقياسا على غيره مما أجيز للضرورة (194).

---

191) تقييد في شهادة اللفيف مخطوط الخزانة العامة بتطوان رقم 580 وشرح عمر الفاسي للزقاقية ص : 88 وشرح العمل الفاسي للسجلماسي 2 226 وتحفة الاكياس 2 94 والمعيار الجديد : 9 / 261.

192) ابو عبد الله محمد بن احمد بن مجاهد فقيه زاهد ولد عام 484 وتوفي سنة 574 على ماذكره «مخلوف» في شجرة النور ص : 152.

193) الدر النثير ص : 3 ملزمة : 50.

194) تقييد العربي الفاسي (مخطوط).

صورتهـــا :

وصورة العمل باللفيف : أن يأتي المشهود له باثني عشر رجلا - كيفما اتفق من اجتماع أو افتراق - إلى عدل منتصب للشهادة، فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يكتب رسما آخر أسفل الرسم نفسه ثم يضع عدلان امضاءهما في أسفل الرسم الثاني..

وجه تسميتها باللفيــف :

وسميت باللفيف، لاجتماع من يصلح للشهادة فيها ومن لا يصلح من اختلاط الناس فكأنما لف بعضهم إلى بعض (195).

أنواعهــا : وهي على وجهين :

أ - شهادة جماعة غير عدول على سبيل التواتر المفيد للعلم، وهذا خارج عن الشهادة العرفية وقد وجد لدى الفقهاء المتقدمين..

ب - من لا يحصل بخبرهم العلم : وهو الذي جرى به عمل المتأخرين قبل القرن العاشر الهجري، فاصطلحوا عليه لتعذر وجود العدول في كل وقت، وفي كل نازلة فيضيع كثير من الحقوق (196)، فاكتفوا برتبة دون الأولى للضرورة الداعية إلى ذلك كي لا تهمل الحقوق (197)

---

195) تحفة الاكياس : 2 / 194.

196) المصدر 2 / 195.

197) شرح العمل الفاسي للسجلماسي : 2 / 226.

ولعل القسم الثاني حدث بالتدريج من جراء تعذر وجود العدول أو اللفيف الذي يفيد التواتر. والناس أحوج ما يكونون إلى من يشهد لهم، وإلا ضاع الكثير من حقوقهم.

موقف الفقهاء من هذا العمل :

انتقد هذا العمل من طرف بعض الفقهاء، إذ لم يكونوا جميعا راضين عنه. وفي هذا ينقل العربي الفاسي عن الجلالي أنه أدرك الأشياخ الكبار منعوا من قبول شهادة اللفيف مطلقا في كل المعاملات، حتى اشتكى الناس من ضياع الأموال والحقوق (198).

وجهة نظر المؤيديـــن :

والذين أيدوا هذا العمل يحتجون بأن الناس كثيرا ما يحتاجون إلى شهادة اللفيف فيما يتفق حدوثه حيث لم يحضر العدول. فتدعوا الضرورة إلى شهادة من حضر من غيرهم أو فيما لا يقصد تحصينه بالشهادة عليه عادة. ثم يحدث ما يحوج للشهادة فلا توجد إلا عند غير العدول ممن اتفقت مباشرته لأسبابها. والضرورة إلى شهادة غير العدول قد تكون بحسب التحمل كما في بلد لا عدول فيه. أو بحسب الأداء فقط.

مستندهم في هذا العمـــل :

لقد استند الفقهاء في هذه المسألة على الضرورة إذ عدوها من الوجوه التي لوحظت فيها. كشهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح والقتل، وكشهادة النساء في المآتم والأعراس إذا لم يوجد غيرهم.

نقل عن ابن أبي زيد قوله : «انا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم. ويلزم مثله في القضاء ليلا تضيع المصالح (199).

وعلق القرافي على هذا الكلام بقوله : «ما أظن أحدا يخالف في هذا (200) وذكر ابن عات أن أهل البادية إذا شهدوا في حق ولم يكن فيهم عدل. أنه يستكثر منهم ويقضى بشهادتهم (201).

وقال ابن هلال «لو كان البلد لا عدول فيه اكتفى في شهادتهم بالأمثل فالأمثل. ويستكثر منهم بحسب خطر الحقوق» (202).

فهذه شهادات أجيزت للضرورة. وكذلك اللفيف غير العدول فـــي الموضع الذي لا عدول فيه. تقبل شهادته. ولو أهدرت هذه الشهادة لما جاز للناس بيع ولا شراء ولا تم لهم عقد نكاح ولا غيرها من الأشياء التي تتوقف على الشهادة (203).

---

(199) التبصرة : 2 24 ـ وشرح العمل الفاسي للسجلماسي 2 227.

(200) نوازل ابن هلال ص : 4 د : 50.

(201) تحفة الاكيس : 2 94 والدر النثير ص : 4 د 50.

(202) التبصرة : 2 19.

(203) انظر الدر النثير ص : 4 د : 50 وشرح العمل الفاسي للسجلماسي : 2 227. وتحفة الاكيس 2 94.

ونقل عن أبي اسحاق الشاطبي أن «العدالة معتبرة في كل زمان بأهله وإن اختلفوا في وجه الاتصاف بها. فنحن نقطع بأن عدالة الصحابة لا تساويها عدالة التابعين. وعدالة التابعين لا تساويها عدالة من يليهم. وكذلك كل زمان مع ما بعده إلى زماننا هذا. فلو قيس عدول زماننا بعدول الصحابة. والتابعين لم يعدوا عدولا. لتباين ما بينهم من حيث المروءة.. لكن لا بد من اعتبار عدول كل زمان بحسبه. وإلا لم تكن إقامة ولاية تشترط فيها العدالة بل لو فرض زمان يعرى عن العدول جملة لم يكن بد من إقامة الأشبه فهو العدل في ذلك الزمان. إذ ليس بجار على قواعد الشرع تعطيل المراتب الدينية جملة. لافضائه إلى مفاسد عامة يتسع خرقها على الراقع ولا يلم شعثها. وهذا الأصل مستمد من قاعدة المصالح المرسلة (204) ولاشك أن شهادة اللفيف كثيرا ما يحتاج إليها فيما يتفق حدوثه حيث لا يحضر العدول. ولا قصد احضارهم. ثم تدعو الضرورة إلى شهادة من حضر من غيرهم أو في أمور لا يقصد الناس عادة تحصينها بالشهادة عليها. ثم يحدث ما يحوج إلى الشهادة فلا توجد إلا عند العدول ممن اتفقت مباشرته لأسبابها وغير ذلك مما تدعو الضرورة بسببه لهذه الشهادة.

وقد اعتبرت في المذهب ضرورة الناس إلى الشهادة في أبواب كثيرة وإن تمايزت أحكامها وشروطها مما ذهب إليه المتقدمون استحسانا وما ألحقه به المتأخرون قياسا (205).

---

(204) تبصرة ابن فرحون : 1 404 على هامش فتاوى عليش ط الحلبي

(205) وشي المعصم ورقة 18 مخطوط السيد حـ د

ما يشترط في شهادة اللفيـــف :

وحيث قبل المتأخرون شهادة اللفيف فإنهم قيدوها بشروط منها :

1 ـ أن يكون الشهود ممن يتوسم فيهم المروءة.

2 ـ كونهم أمثل ما يوجد ولا أقل من كون الشاهد غير ظاهر الجرحة.

3 ـ لا يقبل اللفيف إلا لضرورة في البلد الذي لا يوجد فيه العدول.

4 ـ عدم القرابة من المشهود له.

5 ـ عدم العداوة.

وحيث اجتمعت هذه الشروط في اللفيف فهي التزكية في الحقيقة ولم يبق إلا التبريز فيها، غير أن بعض الفقهاء كابن هلال لم يشترط في اللفيف إلا ستر الحال فقط (206).

وعلى رأيه مشى صاحب نظم عمل فاس إذ قال :

لا بد في الشهود في اللفيـــف   من ستر حالهم على المعـــــروف

---

(206) تقييد العربي الفاسي في اللفيف (مخطوط).

(207) الدر النثير ص : 7 ه : 50

ومن الجدير بالذكر أن هذه الشروط لم تحترم دائما، بل أن اللفيف كما عهد ذلك في القرون المتأخرة وإلى عصرنا الحالي، لم يتوفر فيه أي شرط من هذه الشروط بل يؤتى بالناس كيفما اتفق، وغالب ما يكونون من أرذل القوم وأجرتهم على قول الزور، بل أن الذين يؤدون الشهادة حاليا لا يتورعون عن مطالبة المشهود له بأداء قدر من المال وهم لم يطلعوا على الواقعة ولا علموها. أما الأخيار فيبتعدون عن أداء الشهادة قدر الإمكان.

تطور شهادة اللفيـــف :

وقد تطور هذا العمل بتطور الزمان، فقد كان في بعض الفترات لا يعمل بشهادة اللفيف إلا في الأموال، كما أن المشهود له كان يحلف مع اللفيف، ولكن بمرور الزمان لم يعد المشهود له مطالبا بأداء هذا اليمين، ثم استقر رأى الفقهاء فيما بعد إلى اسناد الأمر للقاضي يقبل هذه الشهادة بحسب ما يراه من الأحوال والظروف، ولم يعد مقتصرا على الأموال فحسب، بل أعملت شهادة اللفيف في النكاح والطلاق والرضاع والتسفيه والترشيد وغير ذلك (207).

أما عدد اللفيف : فهو بدوره كان يختلف باختلاف الأزمان وبحسب الوقائع ففي بعض الأحيان كان عدد اللفيف يصل إلى ثلاثين شخصا أو أربعين، وأحيانا يكتفى باثني عشر، وعلى هذا الأخير استقر العمل...

ففي النكاح مثلا : يجب الاكثار من العدد ما أمكن، ولكن الغالب في اللفيف اثنا عشر، وفي الترشيد والتسفيه من ستة عشر إلى عشرين، ولا حد لأكثره، والعدد بمختلف أقسامه مأخوذ من العدد الذي يحصل به التواتر الذي هو خبر جمع يستحيل تواطؤهم على الكذب عن محسوس.

قال العبدوسي : الاقتصار على اثني عشر رجلا اصطلاح واجتهاد من القضاة» (208) والمعتبر هو : ما يحصل الظن الغالب بالصدق في الشهادة، بأي عدد كان كثيرا أو قليلا (209).

---

(208) شرح العمل للسجلماسي ـ 2 232.

(209) تحفة الاكيس 2 103.

وقد كان ينزل عدد اللفيف ـ أحيانا ـ إلى عشرة وإلى ثمانية وربما اكتفوا بالتلقي من ستة.

وإذا انضمت إلى العدد بعض القرائن كان يكفي التلقي من أربعة فقط، فتقوم القرائن دالة على صدق القلة فيما شهدوا به، لأن القرائن بنفسها تفيد العلم في بعض الأحيان.

اختلاف اللفيف باختلاف الأماكن :

وقد كان العمل باللفيف يختلف باختلاف الأماكن، ففي فاس لم يكن اللفيف يزكى منه أحد فيحكم به كذلك، بخلاف ما كان يجرى به العمل في مراكش من وجوب تزكية اثنين من اللفيف، كما أن أهل مراكش لم يكونوا يعتبرون مدة ستة أشهر التي كان يعتبرها شهود أهل فاس -(210).

حاجة الناس إلى شهادة اللفيف :

ولا بد من التذكير بأن العمل بشهادة اللفيف على الرغم من أنه يخالف المنصوص، إلا أنه في هذا الزمان أصبح أمرا حتميا لا لأن العدول غير متوفرين فحسب، بل لأن العدول المنتصبين حاليا لا يقلون عن عامة الناس جهلا وجورا..

فالذين يتعاطون الآن مهنة التوثيق لا يهتمون إلا بجمع الأموال.

---

(210) شرح العمل للسجلماسي ص [illegible].

(211) تقييد المغربي للفاسي (مخطوط) (تحفة الأكياس) ص 107.

ولا يتورع الكثير منهم عن ارتكاب أفظع الجرائم وشهادة الزور، فأصبحوا بعملهم هذا لا فرق بينهم و بين عامة الناس..

وقد رجح أبو حامد الفاسي هذا العمل، ودافع عنه، وأظهر مزاياه، وبين فوائده، وأفاض القول فيه (211).

4) الحكم لولى القتيل دون شاهد :

المعروف في المذهب المالكي أن دعوى الأموال لا تثبت إلا بشاهدين أو بشاهد ويمين، بحيث لو ادعى والد القتيل (212) أو وليه على القاتل أنه أخذ مال المقتول أو ما يتمول، وأنكر القاتل وزعم أنه لم يأخذ له شيئا، فإن القول لوالد القتيل إذا أثبت ذلك بشاهدين أو بشاهد ويمين غير أن العمل جرى في المغرب بخلاف ذلك، إذ يكفي في هذه الحالة أن يحلف الولي ويستحق ما ادعاه.

والقضاء للمدعي بما يدعيه من غير بينة خلاف الأصول، لقوله عليه السلام : «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» روى الحديث ابن عباس (213).

---

212) للمزيد يمكن الرجوع الى التقييد المذكور، وشرح عمر الفسي للامية الزقاق ص : 88. وشرح العمل الفاسي للسجلماسي ابتداء من ص : 226 من الجزء الثاني وتحفة الاكبس ص : 94 من الجزء الثاني والمعيار الجديد الجزء التاسع ابتداء من ص : 261.

213) لا مفهوم للقتيل فيحتمل ان يكون له مفهوم معتبر لان العداء الذي هو علة تصديق المدعي مع القتل اقوى منه بدونه ويحتمل ان يكون القتل فرض مسألة فقط ولا مفهوم له فيكون المسلوب مثل القتيل يصدق فيما يدعى به على النصوص مما يشبه وهذا هو الذى يفهم من نصوص كثيرة ذكرها الفقهاء.

انظر التبصرة 2 116.

214) انظر : سبل السلام : 4 132

ولكن متأخرى الفقهاء عدلوا عن هذا الأصل. وقضوا بخلاف المشهور في هذه النازلة لدليل أقوى ظهر لهم فخولف الأصل للقرينة التي ترجح بها قول المدعي.

وإنما كان القول لولي القتيل مع اليمين بلا بينة. لاستغنائه عنها بقرائن الأحوال. ذلك أن القتل لما ثبت بالبينة أو بالاقرار كان قرينة تشهد بصدق دعواه. ان كان يملك مثل ما ادعاه عليهم من دراهم وغيرها من الأمتعة. وهذا ما استحسنه مطرف وابن كنانة وأشهب. وبه قال ابن حبيب وعليه العمل.

جاء في التبصرة : «ويقبل قول المدعي لرجحانه بالعوائد وقرائن الأحوال. أو لاتصافه بالأمانة أو غير ذلك من وجوه الترجيح».

والقرينة هنا : كون المدعى عليهم من أهل العداء والظلم وقتلهم صاحب المال. وقد قال الفقهاء ان من عرف بالظلم والتعدي ينقلب الحكم ضده. وهو مذهب الإمام يحيى بن يحيى. ومستندهم في ذلك قول الله تعالى : **(إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق)** (214).

وعمل عمر بن الخطاب (ض) عندما نزلت به نازلة بالمدينة في رجل دخل عليه السراق فانتهبوا ماله وجرحوه. فلما أصبح حمل إلى عمر

---

214 الشورى 39.

فقال : «إنما فعل بي هذا فلان وفلان، وقد انتهبوا مالي فأغرمهم عمر بقوله، ونكلهم عقوبة موجعة دون أن يكلفه البينة عليهم» (215).

وبما حكاه ابن حبيب عن مطرف لما سئل عن القوم يغيرون على منزل الرجل فيعدون عليه، والناس ينظرون ويذهبون بما كان فيه من مال أو ثياب أو طعام أو ماشية، غير أن الشهود لا يشهدون على غاراتهم وانتهابهم، فقال مطرف أرى أن يحلف المغار عليه على ما ادعى مما يشبه أن يكون له، وان مثله يملكه بما لا يستنكر ويصدق فيه (216).

وقول مطرف هذا استحسان منه، ووجهه أن المنتهب لما تعدى وظلم استحسن أن يحمل عليه، فيكون القول قول المنتهب منه ـ ان أتى بما يشبه، والا فالقول للمنتهب ان أتى بما يشبه، والا سجن.

وهذه النازلة كثر وقوعها في المغرب في العصر السعدي حيث انتشر الفساد في القبائل، وقلت سلطة الحكام وكثر الجور.

يذكر أبو حامد الفاسي أن الحكم جرى في هذه النازلة عام قدم المنصور السعدى حضرة فاس، وقد انحشر الناس إلى الشكوى بالمظالم،

---

(216) التبصرة : 2 : 116.

(217) الا ان هذا مخالف لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر، وبه اخذ مالك وهو الذي اقتصر عليه ابن هلال فقال لا يؤخذ السارق بما ادعي به عليه بمجرد شهرته به. ونقله ابن رحال وهو المشهور، لانه يمكن ان يجاب عما قضى به عمر (ض) بانه اعتمد على قرائن حول المدعى عليهم الدالة على صحة دعوى المدعي، وهي من جملة البينات التي ورد فيها الحديث وبنيت عليه احكام الشريعة في عدة ابواب من الفقه، كشهادة الحيازة بملك للحائز، واللوث لاولياء المقتول على المدعى عليه بالقتل، والقمط والعقد لصاحب الحائط، والوكاء لصاحب اللقطة، وكذلك مما يدل على حق دعوى المدعي...

وكان دأبه أن يعقد مجلسا للمظالم يحضر الفقهاء من مختلف حواضر المغرب للبث في القضايا المعلقة. وصادف هذه المرة أن رفع أحد شكواه في حادثة قتل ادعى والد القتيل أن مما انتهب لولده مقدارا من المال عينه. ولكن لا حجة له تثبت دعواه. وأنكرها القتلة. فقضى الفقهاء عليهم بغرم الدراهم. وجرى العمل بهذا الحكم في المغرب.

ويذكر أيضا أنه وجد بخط شيخه أبي القاسم ابن أبي النعيم فتوى صرح فيها بما يلي «.. وذكرتم أن ما ادعاه والد القتيل من الدراهم التي هي من جملة المنهوب أنكرها القاتلون. وطلبتم ما يوجبه الشرع فيها. فالذي جرت به الأحكام عندنا بهذه الحضرة في هذه النازلة ومثلها. أن القول قول والد القتيل مع يمينه. والظالم أحق أن يحمل عليه. وإن كان المشهور خلافه. وكم مسألة جرت العادة بالحكم فيها بغير المشهور. ورجحها العلماء للمصالح العامة» (217).

(5) ترك مراعاة القافـــة :

القافة : جمع قائف. كباعة جمع بائع. وهو من له معرفة بالأشياء. وفي القاموس : هو من يعرف الآثار واشتهر بها في الصدر الأول بنو مدلج امتازوا بقوة خارقة في معرفة النسب. بحيث لو نظر أحدهم في قوم يقول هذا ولد هذا وهذا ولد هذا. إلا أنها ليست مقصورة عليهم. بل إذا وجد في عصر من الناس من أودعه الله هذه الخاصية. قبل قوله (218).

---

(218) شرح الـــجلماسي لعمل فاس 2 : 141.

(219) انظر الفروق : 3 : 126.

وهي محكمة عند المالكية والشافعية، كما حكاه القرافي (219).

ويدل على صحة العمل بها ما خرجه مسلم عن عائشة (ض) قالت : دخل علي رسول الله (ص) ذات يوم مسرورا فقال : يا عائشة ألم ترى أن مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض (220).

إلا أن الإمام أبا حنيفة رد هذا الحديث ذاهبا إلى أنه لا يجوز الاعتماد على القافة أصلا في أي صورة من الصور لأنها حزر وتخمين (221).

وروى عن الإمام مالك أنه خصصها ـ في المشهور عنه ـ بالاماء دون الحرائر (222).

وما جرى به العمل في هذه المسألة يوافق رأى أبي حنيفة، فقد صرح أبو زيد الفاسي في نظمه لما جرى به العمل بالمغرب بالمنع قائلا : وعمل القافة لا تراع في باب الاستلحاق لامتناع.

وفائدة القافة تظهر في تعيين بعض الأحكام التي تترتب عليها، كتعيين النفقة من أكل وشرب وملبس، وتعيين الارث، وغير ذلك مما يترتب على واجب البنوة.

ومن منع الأخذ بها تذرع بعدم ايجاد من يقدر على اثباتها في الأزمنة المتأخرة، ويتوافر على هذه الحاسة المميزة، إلا أن الذي يرد هذا

220) انظر الفروق : 3 125.

221) انظر الفروق : 3 125.

222) المصدر.

223) وهو الذي ذهب اليه ابن فرحون في التبصرة : 2 ـ 93

التعليل ما صرح به عبد القادر الفاسي - وهو متأخر - من أنه وجد في عهده من أثبتها (223).

وعدم الأخذ بها فيه مخالفة للحديث الصحيح، لأن القافة حكم شرعي لا يختلف باختلاف الأعراف حتى يجرى به العمل في محل دون آخر أو زمان، دون زمان كما أن الحديث لم يثبت نسخه أو قام دليل على ضعفه، فيجب الاحتجاج به إلى يوم القيامة - كما قال القرافي (224) - لا يختص بوقت دون وقت.

6) مسألة الخلطـــــة :

هي مما خالف فيه فقهاء الأندلس مذهب الإمام مالك وجرى به العمل عندهم، وتبعهم المغاربة على ذلك.

فالمشهور أن المدعى عليه إذا أنكر، لا يمين عليه، حتى تثبت الخلطة بينه وبين المدعى - كما صرح ابن أبي زيد القيرواني : «ولا يمين حتى تثبت الخلطة أو الظنة» (225).

ولكن العمل جرى بقول ابن نافع القائل : «لا أدرى ما الخلطة ولا أراها ولا أقول بها، وأرى الأيمان واجبة للمسلمين عامة بعضهم على بعض، لحديث رسول الله (ص) : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» (226).

---

224) شرح عمل فاس للسجلماسي : 1 325.

225) الفروق : 3 126.

226) الفواكه الدواني : 2 299.

227) شرح عمر الفاسي للزقاقية ص : 305.

قال ابن رشد : «مذهب مالك وكافة أصحابه الحكم بالخلطة، وبقول ابن نافع قال الأندلسيون، واستمر عليه العمل بافريقيا، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهما» (227).

ويفهم من كلام ابن عبد البر أن الأندلسيين لم يكونوا يعممون هذا الحكم، بل كانوا يخصونه بالبعض دون البعض فقد صرح بأن «المعمول عندنا أن من عرف بمعاملة الناس مثل التجار، فاليمين عليه لمن ادعى معاملته، ومن كان بخلافه مثل المرأة المستورة المحتجبة والرجل المستور المنقبض عن مداخلة المدعى وملابسته، فلا يجب عليه اليمين إلا بالخلطة» (228).

وصوب التسولي رأى ابن عبد البر هذا قائلا : «ولعمرى أن هذا هو الصواب في هذا الزمان القليل الخير، ولقد شاهدنا غالب سفلة الناس يدعي بدعاوى على المعلوم بالخير والعدل مع بعده عنه، وعدم مخالطة أمثاله وملابستهم، وليس غرضه إلا الازدراء به، وحط مرتبته، حتى صار الدهاة يلقنون السفلة ذلك، وربما ادعوا عليه بالتهمة بما فيه معرة كالسرقة والغصب ونحوها، لسماعهم أن يمين التهمة تتوجه مطلقا على المشهور المعمول به، فينبغي لمن راقب الله أن لا يمكنهم من تحليفه بما يدعى عليه من المعاملة في الغرض المذكور» (229).

وما قاله ابن عبد البر هو الذي نظمه الإمام الزقاق :

ولا خلطة لكن ببلدة يوســــف يخص بها ذات الحجاب وذو العلا

228) حاشية الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق ص : 230.

229) حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق ص : 2د 24 وشرح سجلماسي 2 149.

230) المصدران المذكوران

أما في فاس فقد خص هذا العمل بالنساء، وألحق بهن أصحاب المروءات في الدعاوى بالمعاملات، فضلا عن الدعاوى التي فيها معرة حسبما صرح به الزقاق (230).

وحجة الذين يقولون بعدم الخلطة حديث ابن أبي مليكة عن ابن عباس أن رسول الله (ص) قال : «لو يعطى قوم بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه» (231)، والحديث روى بألفاظ مختلفة (232).

231) عند قوله : وفي فاس اخصص بالنساء ان ادعى عليهن ذكر ان وفي الغير اهملا.

232) انظر سبل السلام 4 : 132.

233) نفس المصدر.

رقم الإيداع القانوني
1982 / 596
مطبعة فضالة ـ المحمدية (المغرب)

الخاتمة

إن أي دارس للتشريع الإسلامي دراسة فاحصة، يدرك أنه تشريع حي، قابل للحركة والنماء والتطور، ويدرك أن تطوره نابع من طبيعة الحياة لأنه يتعلق بأفعال المكلفين، وهي تتغير من حال إلى حال، وتنمو وتتسع على مر الأزمان بما يأتي به من وقائع ونوازل وأحداث.

ولعلنا نلمس تطوره ونماءه إذا نحن ألقينا نظرة عابرة على التشريع في بداية عصر الرسالة، والعصور اللاحقة مرورا بعصر الصحابة والتابعين، وعصر الأئمة المجتهدين، إذ ذاك سنلحظ البون شاسعا بين ما كان عليه التشريع في العصر الأول، والحالة التي استقر عليها فيما بعد...

والأمر في ذلك راجع إلى اختلاف الحياة التي كان يحياها رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة معه، والحياة التي عاشها المسلمون فيما بعد، حيث امتدت رقعة الإسلام، وشملها حكمه، وامتد اليها سلطانه... حتى إذا مددنا المقارنة بين تلك العصور وبين الحياة التي نعيشها الآن، نرى الفرق قد عظم واتسع.

لقد قضى رسول الله (ص) حياته كلها في شبه الجزيرة العربية، وكان المسلمون في هذه الفترة قلة، يعيشون في محيط ضيق لم يختلفوا كثيرا في عاداتهم وأعرافهم وتقاليدهم، إلا ما كان من اختلاف يسير بين حياة مكة، وحياة المدينة لا حظه التشريع الإسلامي فأعطى لكل بيئة ما يناسبها من الأحكام.

فأهل مكة لم يكونوا يتعاملون بعقد «السلم» بينما تعامل به اخوانهم في المدينة كما يروى الشيخان، فأقرهم رسول الله (ص) على هذه المعاملة مراعيا في ذلك عرفهم وعادتهم...

وتمضي السنون، ويلتحق رسول الله (ص) بربه، ويجيء عصر الخلفاء الراشدين وينتشر الإسلام شرقا وغربا بفتح بلاد فارس والروم ومصر وبلاد البربر فيعثر المسلمون على أعراف جديدة، وعادات مختلفة، وقوانين متنوعة كان لها أثرها في تنوع الرأي، واختلاف التفكير، فحصل أن كثرت الحوادث والنوازل التي تتطلب أحكاما، وغدا ما أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشريعات وأحكام وأقضية، غير واف بهذه الحوادث والمعاملات التي تكثر يوميا، وتتجدد في كل آن، فكان لهذا كله أثره في نمو التشريع، إذ كان الحكام والمفتون مدعوين للتوفيق بين عادات كل اقليم، وبين أحكام التشريع الإسلامي وهذا لا يعني - بحال - أن هناك نقصا أو قصورا في ميدان التشريع، فالشريعة الإسلامية كاملة شاملة، جاءت بقانون شامل لأمور الدين والدنيا عبادة ومعاملة، إلا أن ذلك في المبادىء والأصول، أما التفاصيل والجزئيات فقد ترك أمرها للقائمين على تنفيذ الشريعة، يستلهمون روحها، ويستنبطون منها ما ليس فيها منصوصا.

ولقد أوضح هذه الحقيقة رسول الله (ص) حين قال للصحابة : «أنتم أعلم بأمور دنياكم».

وهذا منه صلى الله عليه وسلم اذن صريح للصحابة، ولمن سيأتي بعدهم بالإجتهاد فيما يتصل بشؤون المعاملات التي تجد وتتكاثر وتتغير في هذه الدنيا، وذلك ما حدث فعلا، بحيث أن الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم لم يقفوا من القضايا والأحداث موقف العاجز الحيران، وإنما اجتهدوا رأيهم، وأعطوا الحلول الملائمة لكل القضايا والنوازل التي طرأت على مجتمعهم، انطلاقا من النصوص، وقياسا عليها.

وعلى هذا النهج سار فقهاء الاسلام فيما بعد، فقد كانوا ينظرون إلى النصوص بعقل متفتح، ملاحظين عمل الصحابة أولا، وما أصله الفقهاء في عصر الاجتهاد ثانيا، وما أضافه أصحاب المذاهب من تخريج واستنباط ثالثا، فبرهنوا بذلك على أن الشريعة الاسلامية بما تحتوي عليه من مبادىء وأصول، قابلة للتطبيق في كل عصر، وتستوعب كل ما يجد وما يطرأ...

وإن من يزعم أن الشريعة الإسلامية لا تصلح من حيث التطبيق لمسايرة العصر، فزعمه قائم على الجهل والافتراء، وليس له سند من الواقع الملموس.

فصلاحية الشريعة الإسلامية تقرره مبادئها الثابتة التي تتسم بالصلاح والاستمرار، وهي قائمة على رعاية مصالح البشر جميعا على اختلاف منازعهم ومشاربهم، ما كان منها، وما سيكون، ويتسع صدرها لكل طارىء، وتقبل كل جديد نافع، وهي بذلك، لا يدانيها أي تشريع مهما بلغ من الدقة والشمول، ومهما ادعى له من الرقي والسداد...

ولو أن الفقهاء المتأخرين وقفوا وقفة سابقيهم في التخريج والاستنباط وعدم الاكتفاء بما هو منصوص عن السلف، واستعملوا عقولهم وأفكارهم مثل ما فعل سابقوهم، وارتفعوا إلى الآفاق التي ارتفعوا اليها، لامكن علاج مشاكل الزمان، ولما احتاج العالم الإسلامي إلى تحكيم القانون الأجنبي في رقاب المسلمين، ولكنهم نسوا ما ذكروا به، وذهلوا عما يزخر به تراثهم.

والقصد من هذه الدراسة هو اثبات : أن العرف كان ـ وما يزال ـ وسيظل بابا واسعا لنمو التشريع وتطوره، لأنه يتفق مع ملابسات الناس، ومقتضيات الزمان، وملاحقة التطور البشرى، يمد الفقهاء والمفتين بأحكام مناسبة لعصرهم، ويرشدهم إلى مقاصد الناس في تصرفاتهم...

ولست أدري إلى أي حد وفقت هذه الدراسة في تجلية هذا المصدر التشريعي الذي عنيت ببحثه وابرازه، لأن الحكم عليه أو له، أمر متروك للقارىء الذي له الحق وحده في أن يرضى عنه أو يسخط عليه.. إلا أنه يجب التذكير، بأن العرف لم يكن معروفا عند فقهاء المالكية إلا بكونه قرينة يرجعون إليها كلما أعوزهم النص، أو أعياهم الدليل.

فعلى الرغم من أنهم أحالوا عليه في معظم الأحكام، إلا أنهم لم يوضحوا مدلوله أو يبينوا قواعده وأصوله، بحيث لم يقدموا عنه دراسة تأصيلية شاملة لأنواعه وشروطه، وحجيته، والعلاقة بينه وبين غيره من المصادر، ومنزلته بينها بالنظر إلى الاستنباط والتطبيق، ومن حيث تعارضه معها أو توافقه، فأصبح الآن ـ بحمد الله ـ حقيقة ثابتة، واضحة المعالم بارزة الصفات..

وفي سبيل توضيح هذه الحقيقة، كان لا بد من أن أمهد للعــرف بدراسة تحدده لغة واصطلاحا، وتوضح العلاقة بينه وبين العادة مستعرضا الأدلة الشرعية لتحكيمه وحجيته من القرآن والسنة والأثر وفعل الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين..

واتضح لي من خلال البحث : بطلان ما زعمه بعضهم من أن العرف أخذ به المذهب المالكي وحده، مثبتا بالدليل أن العرف مشترك بين جميع المذاهب الإسلامية..

وإذا كان هناك خلاف بين المذاهب فليس في أصل اعتبار العرف، وانما في مدى التوسع في الأخذ به، أو التضييق فيه. ودللت على أن العرف ظل معتبرا في نظر الشارع من لدن رسول الله (ص) وعصر الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين في كل عصر. ولا يزال إلى الآن يعتبر منارا للباحثين في استخراج الأحكام واستنباطها من الأصول...

وبعد أن استعرضت أنواعه، تراءى لي أن التقسيم الطبيعي للعـرف ليس هو ما درج عليه جل الفقهاء في تقسيمهم له إلى عام وخاص وقول وفعل. وانما هو نوعان : لأن العرف إما أن يكون مناقضا لما جاءت به الشريعة الإسلامية من أصول ومبادىء، أو لا يكون كذلك فان كان الأول، فهو فاسد يجب إلغاؤه لا اعتباره. وإن كان الثاني فهو صحيح..

وعندما تحدثت عن شروطه، لا حظت أن العرف لكي يصبح له قوة الالزام والنفوذ والاعتبار لا بد له من شروط يجب توافرها فيه، من حيث اطراده وغلبته وعدم مخالفته للنص الشرعي وقدم العرف المراد تحكيمه..

ثم أثبت أن العرف كان قبل الإسلام أساسا لكل مظهر من مظاهر العرف في حياتهم من ديانه وأخلاق وتجارة ومعاملات أقر الإسلام منه ما كان صالحا وأبطل منه ما كان فاسدا...

كما بينت تغير الأحكام بتغير العادات ونوعية الأحكام التي يدخلها التغيير. وأثر العرف على النصوص ومنزلته بينها مستخلصا أن هذه المرتبة تاتي مباشرة بعد الكتاب والسنة لأنه يرجع إلى المصلحة.

وحيث كان راجعا إليها يكون في رتبتها، وليس بعد كتاب الله وسنة رسوله (ص) إلا المصلحة...

وعندما تعرضت لدراسة العرف القبلي المغربي أوضحت نظام القبائل المغربية في تحكيمه وعلاقته بالتشريع وأثره على القضاء المغربي الجديد وهو بحث ما رأيت أحدا سبقني إليه...

وفي دراستنا لعلاقة العرف بالعمل، قدمت بابا مسهبا للتعريف بعمل أهل المدينة، والدليل على حجيته ونظرة الفقهاء إليه موضحا أن العلماء لم يدركوا سر ما قصد إليه مالك، ولا فهموا مقصوده والأسباب التي دفعته للأخذ به، وناقشت أقوالهم في ذلك واهتديت إلى أن الإمام مالكا لم يكن أول من أخذ به، وانما سبقه غيره إلى ذلك من الصحابة والتابعين وتابعيهم.

ثم عرجت على عمل المغاربة من حيث نشأته وتطوره، ومنهجهم في اثباته مبينا الشروط التي شرطوها فيه، ومجليا موقف بعض الفقهاء منه وظهر لي أن ما جرى به العمل أصبح مصدرا رسميا للتشريع، لذلك أكثر منه المغاربة وأقبلوا عليه، وتنافسوا في الأخذ به، حتى سار لكل قطر عمله، وغدا الحكم يجرى طبقا لما جرى عليه العمل ولو خالف المشهور.

وأشرت إلى العلاقة بينه وبين العرف فبينت أن هذه العلاقة وثيقة جدا بحيث لا يكاد يظهر أي فرق ملموس بينهما، وأن العمل ما هو إلا العرف في شكله المتطور، وأن هذا الأخير كان السبب في قيامه، وأن الفقهاء غالبا ما يذكرون العرف مصاحبا للعمل، ومرادفا له.

كما أوضحت العلاقة بينه وبين المصالح المرسلة، والاستحسان، وتشريع أولي الأمر، مسجلا تطور الفقه المالكي من خلال ما جرى به العمل على الرغم من المآخذ التي أخذت على هذا اللون من التشريع..

وفي الأخير قدمت فصلا مطولا عن تأثير العرف والعمل في الأحكام الشرعية من خلال التطبيقات... ولا أجدني في حاجة إلى إبراز كل النتائج التي توصل إليها هذا البحث والجديد الذي اكتشفه، ليقيني أن هذا البحث جديد كله، إذ لم يسبق لدراسته سابق، ولا تعرض إليه باحث، وكفاه ذلك...

وإذا كنت قد أفرطت في جلب النصوص واسنادها إلى أصحابها، فاني فعلت ذلك اقتداء بمنهج السلف الصالح في نسبة الأقوال إلى أصحابها فقد قالوا : «إن من بركة العلم أن يسند القول إلى صاحبه»

وكثيرا مانرى الباحثين يستنكفون عن نسبة الأقوال إلى أصحابها فمنهم من يكتفي بالاحالة عليها بعد أن يضمنها كلامه، ومنهم من يضرب عن ذلك صفحا، موهما القارىء أن الفكرة والعبارة كلتيهما له علما بأنه ناقل مدلس، ونحن نبرأ من هذا الفعل المشين إذ لا يضيرنا نسبة القول إلى صاحبه، بل نرى ذلك من أمانة العلم وشرف النفس. وقد يلاحظ القارىء أنني نقلت عن بعض الكتب لغير المالكية، واني إذ فعلت ذلك فانما قصدت إلى المقارنة والتنظير أولا. ولا فادة أن المذاهب الإسلامية جميعها أخذت بالعرف وحكمته في شؤون أحكام المعاملات..

وبعد فما نحسب أننا في حاجة إلى تبيان ما للتشريع الإسلامي من أهمية وخطر في وقت استحل الناس فيه الحرام، وركبوا في ذلك

الصعب والذلول. وتكالبت على قوانين الشرع الإسلامي قوى الشر والالحاد وانتهك شرع الله وأحل حرامه. ولم نعد نعثر على التمييز بين الحلال والحرام إلا في بطون الكتب. واندفعت الحكومات الإسلامية وراء القانون الوضعي الجائر تحكمه في رقاب المسلمين تاركة شرع الله..

ولا يملك المسلم ازاء هذا إلا أن يقف مناديا : أما آن لهذه الحكومات أن تعود إلى رشدها. وسالف عهدها. فتحكم شرع الله وتحتكم إليه في شؤون حياتها..

ألا انها لو فعلت لأرضت الله ورسوله. وحققت العدل بين الناس وأشاعت النظام والطومانينة في كل مكان..

إن التشريع الإسلامي قانون الفطرة. ومن شأنه أن يجد الطريق إلى كل قلب. وهو صالح للحياة والأحياء جميعا. فهلا أعطوه فرصة واحدة ؟

وأخيرا : فإن هذا العمل المتواضع لا أنزهه عن نقص. ولا أبرئه من خطأ أو عيب. ولا أدعي له الكمال. ولا أزعم له الاحاطة والشمول. وانما هو مجهود متواضع أردت به تبيان حقيقة العرف حسب طاقتي ومعرفتي المحدودة. فان وفقت إلى ما أردت فبفضل الله وعونه. وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب. (ربنا لا تزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب).

وصل اللهم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما.

انتهى بعون الله وتوفيقه.

فهارس المصادر

(أ)

1 ـ الأبحاث السامية في المحاكم الإسلامية لمحمد المورير ـ مطبعة كريماديس ـ تطوان 1951.

2 ـ الاتقان في علوم القران لجلال الدين السيوطي ط : المكتبة الثقافية بيروت ـ 1973.

3 ـ أجوبة العباسي لأبي العباس أحمد العباسي مخطوط السيد محمد حنانا.

4 ـ الأجوبة الناصرية. مخطوط خاص.

5 ـ أجوبة السوداني لأبي العباس أحمد بابا السوداني التمبوكتي ـ مخطوط الخزانة الملكية رقم 5813.

6 ـ الإجماع وأثره في التشريع الاسلامي لمحمد الورياغلي (رسالة دبلوم) مطبوعة على ستانسيل توجد بخزانة دار الحديث الحسنية.

7 ـ الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الامدي ط : دار المعارف 1914.

8 ـ أحكام ابن سهل مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 86 ق.

9 ـ أحكام البرزلي : أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني مخطوط الخزانة الملكية رقم 8441.

10 ـ الاحكام في أصول الأحكام للحافظ أبي محمد علي بن حزم. ط : العاصمة بالقاهرة بدون تاريخ.

11 ـ الأحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام لشهاب الدين القرافي ـ مطبعة الأنوار 1938.

12 ـ أحكام القران للجصاص ط : الاوقاف الإسلامية 1335.

13 ـ أحكام القران لأبي بكر بن العربي تحقيق علي البجاوي ط : الحلبي، بدون تاريخ.

14 ـ احكام الاحكام في شرح عمدة الأحكام للحافظ تقي الدين ابن دقيق العيد ط : دار الشعب الطبعة الأولى بدون تاريخ.
15 ـ ارشاد الساري الى شرح صحيح البخاري لأحمد بن محمد القسطلاني ط : دار صادر مصورة عن طبعة بولاق.
16 ـ ازالة الدلسة عن وجه الجلسة لابي عبد الله محمد التماق الغرناطي مخطوط الأستاذ الجليل محمد المنوني.
17 ـ أزهار الرياض في أخبار القاضي عياض لشهاب الدين المقري تحقيق : السقا والأبياري وشلبي ط : لجنة التاليف والترجمة والنشر بالقاهرة 1358 / 1939.
18 ـ الأم للإمام الشافعي ط : الأميرية 1326 هـ طبعة اولى.
19 ـ ألواح جزولة لمحمد العثماني مصورة الخزانة العامة بالرباط رقم 1340.
20 ـ الأمليات الفاشية من شرح العمليات الفاسية للقاضي العميري مخطوط الخزانة الملكية رقم : 2736.
21 ـ الإمام الأوزاعي ومنهجه كما يبدو في فقهه لعبد الرزاق قاسم الصفار ط : بغداد (رسالة ماجستر).
22 ـ أصول السرخسي لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ط : دار المعرفة للطباعة والنشر ـ بيروت 1973 ـ 1393 هـ.
23 ـ أصول الفقه لمحمد مصطفى شلبي ط : الأولى ـ دار النهضة العربية ـ بيروت 1394 هـ / 1974م.
24 ـ أصول التشريع الاسلامي لعلي حسب الله ط : دار المعارف بمصر 1391 هـ / 1971 م.
25 ـ الأصول العامة للفقه المقارن لمحمد تقي الحكيم ط : الأولى دار الاندلس.
26 ـ أعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين بن قيم الجوزية ط : منير الدمشقي بلا تاريخ.
27 ـ اغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن قيم الجوزية ط : دار المعرفة ـ بيروت 1395 / 1975 طبعة ثانية.
28 ـ قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين ابن عبد السلام. دار الشروق للطباعة ـ القاهرة 1388 / 1968.

29 ـ أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم لأبي عبد الله المالكي المعروف بابن الطلاع تحقيق الدكتور محمد ضياء الرحمن الاعظمي ط : دار الكتاب المصري 1398 / 1978.
30 ـ أساس البلاغة لجار الله الزمخشري ط : دار الكتب المصرية : 1341 ـ 1923.
31 ـ الاسلام والحكم لأحمد زكي تفاحة : دار التعارف للمطبوعات، بيروت، بدون تاريخ.
32 ـ الأشباه والنظائر لزين الدين ابن نجيم. ط : وادي النيل بالقاهرة 1298 هـ.
33 ـ الأشباه والنظائر للسيوطي جلال الدين ط : التجارية بالقاهرة 1936.

(ب)

34 ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد ابن رشد الحفيد ط : الاستقامة بمصر 1938.
35 ـ البحر المحيط لأبي عبد الله محمد بن حيان الغرناطي ط : السعادة بمصر 1328 هـ.
36 ـ البهجة في شرح التحفة لأبي علي التسولي ط : المكتبة التجارية الكبرى بدون تاريخ.
37 ـ بهجة النفوس وتحليتها بمعرفة ما لها وما عليها للإمام المحدث أبي محمد ابن ابي جمرة ط : الصدق الخيرية مصر 1348 هـ.
38 ـ البحر العميق (سيرة ذاتية) للحافظ أبي الفيض أحمد بن الصديق الغماري مخطوط الخزانة العامة لتطوان لم يعط له رقم الى الان.
39 ـ البيان المطرب لنظام حكومة المغرب لعبد الحميد بن أبي زيان بنشنهو ط : الرباط 1951 م طبعة ثانية.
40 ـ بيان الخلاف والتشهير والاستحسان وما أغفله مورد الظلمان للفقيه المقرئ أبو تاشفين عبد الرحمن بن القاضي مخطوط الأستاذ الجليل سعيد أعراب.

(ت)

41 ـ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض اليحصبي. ط : وزارة أوقاف المغرب. بلا تاريخ.

42 ـ تاج العروس للسيد محمد مرتضي الزبيدي المطبعة الخيرية بمصر 1306 هـ.
43 ـ التعريفات لأبي الحسن علي بن محمد الجرجاني. ط : الدار التونسية للنشر 1971.
44 ـ تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الاحكام للقاضي برهان الدين ابن فرحون ط : الحلبي على هامش فتاوى عليش 1378 هـ ـ 1958 م.
45 ـ التلويح لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ط : الحلبي بالقاهرة 1327 هـ.
46 ـ تيسير أصول الفقه للشيخ منصور محمد الشيخ ط : الطباعة المحمدية بالأزهر.
47 ـ التسهيل لعلوم التنزيل لأبي عبد الله محمد بن جزي الكلبي ط : التجارية الكبرى بمصر 1355 هـ.
48 ـ تفسير المنار للسيد محمد رشيد رضا ط : دار المنار بمصر 1373 هـ ـ 1954 م.
49 ـ التشريع الجنائي الإسلامي في المذاهب الخمسة مقارنا بالقانون الوضعي للأستاذ عبد القادر عودة ط : النعمان النجف 1970 م.
50 ـ تقريب الوصول الى علم الأصول لأبي القاسم أحمد بن جزى الأندلسي مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1863 د.
51 ـ التربية في الإسلام أو التعليم في رأي القابسي للدكتور أحمد فؤاد الأهواني ط : الحلبي.
52 ـ تحفة أكياس الناس في شرح عمل فاس ط : حجرية 1335 هـ.
53 ـ تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد علي حسين ط : دار احياء الكتب العربية 1344 على هامش الفروق.
54 ـ تاريخ قضاة الأندلس لأبي الحسن النباهي المالقي ط : المكتب التجاري بيروت بدون تاريخ.
55 ـ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للحافظ ابن عبد البر القرطبي ط : وزارة أوقاف المغرب.
56 ـ تكميل التقييد لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي مخطوط الخزانة الملكية رقم 584 (الزيدانية).

57 ـ التدريب على تحرير الوثائق العدلية لأبي الشتاء الصنهاجي ط : الأمنية الرباط 1384 هـ / 1964 م.
58 ـ تاريخ الجزائر لأحمد توفيق المدني ط : الجزائر 1350 هـ.
59 ـ تنظيم الحماية الفرنسية في المغرب للدكتور محمد خير فارس 1972 مجهول محل الطبع.
60 ـ تاريخ المغرب في القرن العشرين لروم لاندو. ترجمة الدكتور نقولا زيادة، ط : دار الكتاب الدار البيضاء 1963 م.
61 ـ تنوير الحوالك شرح موطأ مالك، لجلال الدين السيوطي ط : الحلبي بدون تاريخ.
62 ـ تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 889 د ضمن مجموع.
63 ـ توضيح الأحكام على تحفة الحكام للشيخ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي المطبعة التونسية 1339 هـ.
64 ـ تنبيه الصغير من الولدان في الرد على زاعم الفتوى أجليان مخطوط الخزانة العامة بالرباط ضمن مجموع رقم 571 ك.
65 ـ تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على السنة الناس من الحديث لعبد الرحمن ابن الديبع الشيباني ط : محمد صبيح وأولاده 1347 هـ.

(ج)

66 ـ جامع بيان العلم وفضله وما ينبغي في روايته وحمله للحافظ ابن عبد البر الطباعة المنيرية بمصر بدون تاريخ.
67 ـ جامع البيان عن تأويل اي القران لأبي جعفر بن جرير الطبري ط : الحلبي بمصر 1373 هـ ـ 1954 م.
68 ـ الجامع لأحكام القران لأبي عبد الله محمد القرطبي ط : دار الكتب المصرية 1380 هـ ـ 1960 م.
69 ـ الجواهر الحسان في تفسير القران للشيخ عبد الرحمن الثعالبي ط : الجزائر 1323 هـ ـ 1905.

(ح)

70 ـ حسام العدل والانصاف القاطع لكل مبتدع باتباع الأعراف للشيخ محمد يحي الولاتي مصورة خاصة.

71 ـ حاشية البناني على المحلى على متن جمع الجوامع ط : دار احياء الكتب العربية للحلبي بدون تاريخ.

72 ـ حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي بن سودة لتحفة ابن عاصم ط : حجرية 1310 هـ.

73 ـ حاشية ابن الخياط على شرح الخرشي لفرائض خليل ط : عاطف بمصر بدون تاريخ.

74 ـ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي على شرح الدردير لمختصر خليل ط : الحلبي بدون تاريخ.

75 ـ الحركات الاستقلالية في المغرب لعلال الفاسي دار الطباعة المغربية ـ تطوان بدون تاريخ.

76 ـ حاشية المهدي الوزاني على شرح التاودي للامية الزقاق ط : حجرية بدون تاريخ.

77 ـ حاشية التسولي على شرح التاودي للامية الزقاق ط : حجرية بدون تاريخ.

78 ـ حاشية الطالب ابن الحاج على شرح ميارة للمرشد المعين ط : بولاق 1316 هـ.

79 ـ حادي الرفاق إلى منهج لامية الزقاق لأبي العباس أحمد الرهوني التطواني ط : تطوان 1346 هـ.

80 ـ حاشية ابن رحال على هامش شرح ميارة للتحفة ط : الشرفية، مصر 1316 هـ.

(خ)

81 ـ خلال جزولة للشيخ محمد المختار السوسي ط : تطوان.

82 ـ اختلاف أصول المذاهب للقاضي النعمان بن محمد تحقيق مصطفى غالب ط : دار الأندلس بيروت 1393 هـ ـ 1973 م.

(د)

83 ـ دائرة معارف القرن العشرين لمحمد فريد وجدي ط : دار المعرفة بيروت 1971 ط : ثالثة.
84 ـ دوحة الناشر لمحاسن من كان بالمغرب من مشايخ القرن العاشر لابن عسكر الشفشاوني تحقيق الدكتور حجي ط : دار المغرب الرباط 1396 ـ 1976 م.
85 ـ دليل الرفاق على شمس الاتفاق للشيخ ماء العينين الجزء الأول ط : حجرية بدون تاريخ.
86 ـ دائرة المعارف الإسلامية نقلها الى العربية جماعة من الأساتذة.
87 ـ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لبرهان الدين ابن فرحون ط : السعادة بمصر 1329 هـ.
88 ـ الدر النثير على أجوبة أبي الحسن الصغير لابراهيم بن هلال ط : حجرية 1303 هـ.

(ر)

89 ـ روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني لشهاب الدين محمود الألوسي ط : إدارة الطباعة المنيرية بمصر، بدون تاريخ.
90 ـ الروض الأنف لأبي القاسم عبد الرحمن الخثعمي السهيلي ط : الجمالية بمصر 1332 هـ / 1914 م.
91 ـ رفع العتاب والملام لمحمد القادري ط : مصر 1308 هـ.
92 ـ رفع الالتباس عن شركة الخماس لابن رحال مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1862 د.

(ز)

93 ـ زاد المعاد في هدي خير العباد محمد صلى الله عليه وسلم للامام ابن قيم الجوزية ط : المطبعة المصرية ومكتبتها بدون تاريخ.

(ط)

94 ـ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية للامام ابن قيم الجوزية ط : المؤسسة العربية للطباعة والنشر القاهرة 1380 هـ ـ 1961 م.

(ك)

95 ـ كتاب البادية لمحمد المامي الشنقيطي، مصورة الزميل الأستاذ محمد الكبير العلوي.

96 ـ كناشة عبد السلام الناصري مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 2295 د.

(ل)

97 ـ لسان العرب لجمال الدين ابن منظور المصري ط : دار صادر بيروت 1388 هـ / 1968.

98 ـ لباب التأويل في معاني التنزيل لعلاء الدين البغدادي المعروف بالخازن ط : الاستقامة بالقاهرة 1374 هـ ـ 1955 م.

99 ـ لامية الزقاق (منظومة).

100 الالتزامات لمحمد بن عبد الرحمن الرعيني الحطاب مخطوط السيد محمد حنانا.

(م)

101 المبسوط لشمس الدين السرخسي ط : السعادة بمصر بدون تاريخ.

102 مقدمة ابن خلدون ط : المكتبة التجارية بدون تاريخ.

103 الملل والنحل لأبي الفتح محمد الشهرستاني تحقيق محمد سيد كلاني ط : الحلبي 1381 ـ 1961.

104 مصادر التشريع الاسلامي فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف ط : دار القلم الكويت طبعة ثانية 1390 هـ ـ 1970 م.

105 مقاصد الشريعة الاسلامية للشيخ محمد الطاهر بن عاشور المطبعة الفنية تونس 1366 هـ.

106 مقاصد الشريعة الاسلامية ومكارمها لعلال الفاسي. نشر مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء، بلا تاريخ.
107 مجلة الاحكام العدلية ط : قوزما دمشق 1923 م.
108 المدخل الفقهي العام لمصطفى احمد الزرقا ط : الف باء دمشق 1967 م.
109 المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي ط : البهية 1312 هـ.
110 المدخل لدراسة القانون لميكو ط : الدار البيضاء.
111 المدخل للعلوم القانونية لتوفيق فرج ط : مصر.
112 الموافقات في اصول الشريعة لابي اسحاق الشاطبي تحقيق الشيخ عبد الله دراز ط : المكتبة التجارية الكبرى بلا تاريخ.
113 المعيار المغرب والجامع المعرب عن فتاوى اهل افريقية والمغرب، ط : حجرية 1315 هـ.
114 المدخل للفقه الاسلامي لمحمد سلام مدكور ط : الثالثة 1966 م.
115 المنتقى شرح الموطا لابي الوليد الباجي ط : السعادة مصر 1331 هـ.
116 مفتاح الوصول في علم الاصول لابي عبد الله محمد الشريف التلمساني ط : مكتبة الوحدة العربية الدار البيضاء بدون تاريخ.
117 الموطا للامام مالك ط : الحلبي بدون تاريخ.
118 المغنى لابن قدامة ط : دار المنار 1367 هـ.
119 مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق لابي الشتاء الصنهاجي ط : الامنية بالرباط 1375 هـ / 1955 م.
120 المعيار الجديد للمهدي الوزاني ط : حجرية بدون تاريخ.
121 منظومة ما تجب به الفتوى لابي عبد الله محمد الاغلالي مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1242 د.
122 المدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون عن ابن القاسم ط : دار صادر بيروت (بالافست) بلا تاريخ.
123 المصلحة في التشريع الاسلامي ونجم الدين الطوفي للدكتور مصطفى زيد ط : دار الفكر العربي 1384 هـ / 1964 م.
124 المعسول لمحمد المختار السوسي / ط : النجاح الدار البيضاء 1380 هـ / 1960 م.
125 مجلة الفتح كان يصدرها محب الدين الخطيب بمصر.

126 المنهج الفائق والمنهل الرائق والمغنى اللائق باداب الموثق واحكام الوثائق ط : حجرية 1298 هـ.

127 المستصفى من علم الأصول لحجة الإسلام أبي حامد الغزالي تحقيق محمد مصطفى أبو العلا. ط : الطباعة الفنية المتحدة بمصر، بدون تاريخ.

128 موسوعة الفقه الاسلامي لمحمد أبي زهرة ط : مخيمر بدون تاريخ.

129 محاكم الجماعات والمقاطعات منشورات جمعية الحقوقيين المغاربة ط : دار النشر المغربية بالرباط.

130 معطيات الحضارة المغربية لعبد العزيز بنعبد الله ط : دار الكتب العربية الرباط 1963.

131 المدينة العتيقة لفوستيل دي كولانج ترجمة : عباس بيومي بك ط : مكتبة النهضة المصرية.

132 مجلة هسبريس العدد 18.

133 المنخول من تعليقات الأصول لحجة الإسلام الغزالي تحقيق محمد حسن هيتو، بدون تاريخ ولا تعيين محل الطبع.

134 مالك ابن أنس امام دار الهجرة لعبد الحليم الجندي ط : دار المعارف بلا تاريخ.

135 مجموع فتاوى ابن تيمية ط : الرياض 1382 هـ.

136 مسند الإمام أحمد بن حنبل ط : الميمنة.

137 المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الاحكام الشرعيات لأبي الوليد ابن رشد ط : دار صادر بيروت، بدون تاريخ.

138 ملحق جريدة المغرب للثقافة المغربية عدد : 1 ـ صفر 1357 هـ ـ ابريل 1978 م.

139 مفيد الحكام لابن هشام مخطوط السيد محمد حنانا.

140 مجالس القضاة والحكام والتنبيه والاعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأحكام لأبي عبد الله محمد المكناسي ط : حجرية بدون تاريخ.

141 المسألة الشهية للجلالي مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 7423 د.

142 مالك حياته وعصره اراؤه وفقهه للشيخ محمد ابي زهرة ط : دار الفكر العربي بدون تاريخ.

143 المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والأحكام الأهلية أسسها بول زايس - السنة الأولى 1935 م.
144 مختصر منة الكريم الفتاح لابي العباس أحمد الرهوني التطواني مخطوط الخزانة العامة بتطوان ليس له رقم.
145 مقنع المحتاج في اداب الأزواج لأبي العباس أحمد بن عرضون الغماري مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1026 ك.
146 مبادئ الثقافة الإسلامية للدكتور محمد فاروق النبهان ط : دار البحوث العلمية الكويت 1394 هـ - 1974 م.

(ن)

147 النهاية في غريب الحديث والأثر لأبي السعادات ابن الأثير ط : العثمانية 1311 هـ.
148 نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف لمحمد بن عابدين مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 602 د.
149 نشر البنود على مراقي السعود لعبد الله الشنقيطي العلوي ط : فضالة المغرب.
150 نصب الراية لاحاديث الهداية للحافظ جمال الدين الزيلعي ط : دار المامون 1357 - 1938.
151 نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار لمحمد بن علي الشوكاني ط : الحلبي طبعة ثالثة، 1380 هـ - 1961 م.
152 نظرية العرف للدكتور عبد العزيز الخياط ط : مكتبة الاقصى عمان 1397 هـ - 1977 م.
153 نوازل الشريف العلمي ط : حجرية 1315 هـ.
154 النقد الذاتي لعلال الفاسي ط : تطوان.
155 نوازل المسائل ومعضلات المشاكل للرجراجي مخطوط خاص.
156 نور البصر لأبي العباس الهلالي ط : حجرية 1309 هـ.
157 نفح الطيب من غصن الاندلس الرطيب لاحمد المقري التلمساني تحقيق الدكتور احسان عباس ط : دار صادر بيروت 1388 هـ - 1963 م.

170 ابن عرضون الكبير حياته واثاره لعمر الجيدي (رسالة دبلوم الدراسات الإسلامية العليا) مطبوع على ستانسيل يوجد بخزانة دار الحديث الحسنية.

(ف)

171 فجر الاسلام لاحمد امين ط : النهضة طبعة سابعة 1959.

172 الفكر السامي للحجوي الثعالبي ط : ادارة المعارف بالرباط 1340 هـ وكمل بفاس عام 1345 هـ.

173 الفروق لشهاب الدين القرافي دار احياء الكتب العربية 1344 هـ

174 فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر ط : الحلبي 1378 هـ - 1959 م.

175 فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محمصاني ط : دار العلم للملايين بيروت 1975 ط : رابعة.

176 فتح الجليل الصمد في شرح التكميل والمعتمد لمحمد بن ابي القاسم بن عبد الجليل السجلماسي مخطوط السيد محمد حنانا.

177 الفواكه الدواني في شرح رسالة ابن ابي زيد القيرواني للشيخ احمد النفزاوي ط : الحلبي ط : ثالثة 1374 هـ - 1955 م.

(ق)

178 قواعد المقري لابي عبد الله محمد المقري التلمساني مصورة الاستاذ الجليل سعيد أعراب الغماري.

179 القواعد في الفقه الاسلامي للحافظ ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ط : الكليات الازهرية 1391 هـ - 1971 م.

180 القبس لابي بكر ابن العربي مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1916 ك.

181 القانون الدستوري للدكتور عثمان اسماعيل.

(س)

182 سلم الوصول لعلم الوصول لعمر عبد الله ط : الاولى دار المعارف 1956 م.

183 سنن المهتدين للمواق ط : حجرية بدون تاريخ ضمن مجموع.

184 السياسة الاستعمارية بالمغرب الاقصى لجنة العمل المغربي في أوربا 1351 هـ ـ 1932 م.

185 سبل السلام في شرح بلوغ المرام من ادلة الاحكام للامام محمد الصنعاني ط : المكتبة التجارية الكبرى ـ مصر، بلا تاريخ.

(ش)

186 شرح تنقيح الفصول لشهاب الدين القرافي تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ط : مكتبة الكليات الازهرية 1393 هـ ـ 1973 م.

187 شرح العمل الفاسي لابي عبد الله السجلماسي ط : حجرية بدون تاريخ.

188 شرح الزقاقية لعمر الفاسي ط : حجرية 1306 هـ.

189 شرح ميارة للتحفة ط : المطبعة الشرفية 1316 هـ.

190 شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن محمد مخلوف ط : دار الكتاب العربي بيروت بدون تاريخ.

191 شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك ط : المكتبة التجارية الكبرى بمصر 1377 هـ ـ 1959 م.

192 شرح التحفة لابن ناظمها وهو ابو يحي بن ابي بكر الغرناطي مخطوط الخزانة الملكية رقم 9856.

193 شرح المنجور لقواعد الزقاق ط : حجرية 1305 هـ.

194 شرح لامية الزقاق لميارة ط : حجرية بدون تاريخ.

195 شرف الطالب في اسنى المطالب لاحمد بن قنفذ تحقيق د. محمد حجي وهو ضمن ثلاثة كتب في مجلد واحد ط : الرباط 1396 هـ ـ 1976 م.

196 الشفا الذي لا يغادر سقما ولا باس بشرح ما تضمنه عمل فاس للمهدي الوزاني مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 1679 د.

197 شرح المواق لمختصر خليل على هامش مواهب الجليل للحطاب ط : السعادة بمصر 1329 هـ.

198 شرح الزقاقية للتاودي ط : حجرية 1335 هـ.

199 .الشافعي حياته وعصره اراؤه وفقهه ط : دار الفكر العربي 1978 م ط : ثانية.

200 شرح حدود ابن عرفة للرصاع ط : المطبعة التونسية 1350 هـ.

(و)

201 وفيات الاعيان وانباء ابناء الزمان لابي العباس احمد بن خلكان تحقيق د. احسان عباس ط : دار الثقافة بيروت بدون تاريخ.

202 وشي المعاصم لليزناسي مخطوط السيد محمد حنانا وهو شرح لتحفة ابن عاصم الغرناطي.

203 الكافي في الفقه المالكي لابي عمر ابن عبد البر مخطوط الخزانة العامة بالرباط رقم 540 ك.

204 تمهيد لتاريخ الفلسفة الاسلامية لعبد الرازق ط : الثالثة مكتبة النهضة (مصر).

205 نهاية المحتاج الى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي. ط : الحلبي 1386 هـ - 1967 م.

206 تقييد في شهادة اللفيف للعربي الفاسي مخطوط الخزانة العامة بتطوان رقم : 580.

فهرس الموضوعات

تصدير

تقديم 5
مقدمة الكتاب 9

الباب التمهيدي : مفهوم العرف والعادة 27
المبحث الأول : التعريف بالعرف والعادة 29
الفرع الأول : التعريف اللغوي 29
العرف اصطلاحا 31
مناقشة التعريف 32
الفرع الثاني : التعريف بالعادة 34
العادة لغة 34
العادة اصطلاحا 36
المبحث الثاني : النسبة بين العرف والعادة 37

القسم الأول : العرف 46

الباب الأول : العرف كمصدر للتشريع 49
الفصل الأول : الأدلة الشرعية لتحكيم العرف 50
المبحث الأول : النصوص 53
أ ـ القرآن الكريم 53
مناقشة الدليل 53
ب ـ السنة النبوية 58
مناقشة الدليل 59

أدلة أخرى أغفلها المستدلون على العرف 61
المبحث الثاني : موقف الصحابة من العرف 74
المبحث الثالث : موقف التابعين من العرف 75
المبحث الرابع : موقف الأئمة من العرف 77
الفصل الثاني : أنواع العرف وشروطه 91
المبحث الأول : أنواع العرف 93
العرف اللفظي 94
العرف الفعلي 97
العرف العام 98
العرف الخاص 99
التقسيم الطبيعي للعرف 103
المبحث الثاني : شروط اعتبار العرف 104
الشرط الأول : الاطراد والغلبة 104
الشرط الثاني : عدم مخالفته لنص شرعي 107
الشرط الثالث : عدم معارضة العرف بتصريح يخالفه 110
الشرط الرابع : قدم العرف المراد تحكيمه 112
الفصل الثالث : سلطان العرف وقوته 116

الفصل الرابع : تغير الزمان وأثره على العرف 141
المبحث الأول : تغير الأحكام بتغير العادات 143
المبحث الثاني : الأحكام التي يدخلها التغيير 159

الفصل الخامس : العرف عند التعارض 165
المبحث الأول : تعارض العرف مع النص 167
النوع الأول : معارضة العرف للنص الخاص 167
النوع الثاني : معارضة العرف للنص العام 172
القسم الأول : العرف المقارن لورود النص 172
القسم الثاني : العرف الوارد بعد ورود النص 176
النوع الثالث : معارضة العرف للنص الاجتهادي 176

المبحث الثاني : تعارض العرف مع اللغة 179
المبحث الثالث : تعارض العرف مع الشهادة 183
الفصل السادس : أثر العرف على النصوص 185
المبحث الأول : عرف الشارع القولي 187
المبحث الثاني : عرف الشارع الفعلي 189
المبحث الثالث : نوع النصوص التي تتأثر بالعرف 193
الفصل السابع : منزلة العرف بين الأدلة 195
المبحث الأول : الأصول 197
المبحث الثاني : القواعد 201
المبحث الثالث : منزلة العرف بينهما 203
المبحث الرابع : علاقة العرف بالقرائن 205

الباب الثاني : مدى ارتباط الأعراف المغربية بالأحكام الشرعية 213

الفصل الأول : تحكيم العرف عند قبائل المغرب 214
المبحث الأول : نشأة الأعراف القبلية بالمغرب وتطورها 217
المبحث الثاني : نظام القبائل في التحكيم 224
انتخاب شيوخ القبائل 225
أعيان الجماعة 226
الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية والمشاكل العقارية 226
الأحكام المتعلقة بالجنايات والأسواق 228
نماذج من الغرامات التي كانوا يفرضونها على الجناة 228
النموذج الأول 228
النموذج الثاني 230
النموذج الثالث 231
المبحث الثالث : وسائل الإثبات لديهم 231

الفصل الثاني : أثر هذه الأعراف في التنظيم القضائي المغربي الحديث 235
المبحث الأول : مرحلة ما قبل الاستقلال 237
إقرار ملوك المغرب للأعراف البربرية 237
الظهير البربري وعلاقته بالأعراف البربرية 240
المحاكم العرفية الابتدائية 245
محاكم الاستئناف العرفية 245
المبحث الثاني : رحلة ما بعد الاستقلال 246
الفصل الثالث : موقف علماء المغرب من هذه الأعراف 251
المبحث الأول : العلماء المؤيدون لهذه الأعراف 253
المبحث الثاني : العلماء المعارضون لها 256
المبحث الثالث : العلماء الذين توسطوا في القضية 257
القسم الثاني : العمل 262
الباب الأول : عمل أهل المدينة 263
الفصل الأول : الأسباب الداعية إلى الأخذ به والدليل على حجيته 264
المبحث الأول : الأسباب الداعية إلى الأخذ به 269
المبحث الثاني : الدليل على حجية أهل المدينة 272
الفرع الأول : من السنة 272
الفرع الثاني : من الأثر 275
الفرع الثالث : من العقل 277
المبحث الثالث : رد هذه الأدلة 278
المبحث الرابع : مناقشة هذه الردود 281
الفصل الثاني : العمل من وجهة نظر المالكية 285
المبحث الأول : تقسيم العمل 287

القسم الأول : من طريق النقل والحكاية 288
القسم الثاني : من طريق الاجتهاد والاستدلال 290
المبحث الثاني : المؤيدون لمبدأ الأخذ بالعمل 296

الفصل الثالث : العمل من وجهة نظر غير المالكية 298
المبحث الأول : استعراض الآراء 301
الفرع الأول : رأي الإمام الشافعي 301
الفرع الثاني : رأي السرخسي 305
الفرع الثالث : رأي أبي حزم 305
الفرع الرابع : رأي الغزالي 310
الفرع الخامس : رأي الآمدي 311
الفرع السادس : رأي ابن تيمية 312
الفرع السابع : رأي ابن القيم 314
المبحث الثاني : سبب ردهم العمل 316
المبحث الثالث : مناقشة هذه الآراء 319
المبحث الرابع : العمل الذي قصده مالك 324

الباب الثاني : عمل أهل المغرب 336

الفصل الاول : نشأة العمل وتطوره بالمغرب 337
المبحث الأول : نشأة العمل في المغرب 341
المبحث الثاني : ارتباط العمل المغربي بالعمل الأندلسي 350
المبحث الثالث : منهج علماء المغرب في إثبات العمل 353
المبحث الرابع : شروط العمل 359
المبحث الخامس : موقف الفقهاء من العمل 362
الفصل الثاني : تنوع العمل بالمغرب ومخالفته للمشهور 369
المبحث الأول : تنوع العمل بالمغرب 371
المبحث الثاني : مخالفة العمل للقول المشهور 378
الفصل الثالث : علاقة العمل بغيره من الادلة 391

المبحث الأول : علاقته بالعرف 393
المبحث الثاني : علاقته بالمصالح المرسلة 396
المبحث الثالث : علاقته بالاستحسان 403
المبحث الرابع : علاقته بتشريع أولي الأمر 406
المبحث الخامس : مآخذ على ما جرى به العمل 412
المبحث السادس : تطور الفقه المالكي من خلال ما جرى به العمل 419

الفصل الرابع : تطبيقات على تأصيل نظرية الاخذ بما جرى به
العمل 424
تمهيد 427
المبحث الأول : مسائل من الأحوال الشخصية 430
الاعتداد بالأشهر 430
تجهيز الشوار 432
النظر إلى عورة المرأة 434
تأبيد التحريم للهارب والمخلق 436
الفرق بين المخلق والهارب 437
الخلع بالإنفاق على الولد بعد مدة الرضاع 439
صرف اليمين إلى الطلاق 441
ترك اللعان 444
اللعان لغة واصطلاحا 445
صورة اللعان 445
الأصل في اللعان 446
المبحث الثاني : مسائل من البيوع 449
بيع الصفقة 449
تعريفها لغة واصطلاحا 449
صورتها 449
وجه مخالفتها للنصوص 450
الملك المشترك 450

الأشكال الواردة في الصفقة 451
الشروط المشترطة في بيع ما لا ينقسم 452
المبيع المشترك الجاري على القواعد 454
الصورة التي جرى بها العمل 455
بيع المضغوط 457
حكم المكره 458
بيع الثنيا 460
صورة بيع الثنيا 461
الرد بالعيب في الدواب 463
وجه اقتصارهم على الدواب 464
المبحث الثالث : مسائل من الوقف والأكرية والإجارات 466
الوقف على البنين دون البنات 466
الجلسة والجزاء 468
الجلسة لغة 468
وجه المصلحة فيها 472
الجزاء 476
مسألة الخماس 477
صورتها 477
وجه الإشكال فيها 477
وجه مخالفتها للقواعد 478
تضارب الآراء فيها 478
فائدة الخلاف فيها 480
شروطها 480
تضمين الرعاة 482
الأصل في الأجير 482
القول الذي جرى به العمل 483
الأسباب الداعية إلى التضمين 483

أجرة الدلال	485
صورتها	486
الدلالة وأصول المذهب	487
المبحث الرابع : مسائل من الأقضية والشهادات	488
العقوبة بالمال	488
سند المجوزين	489
الأصل في العقوبة	489
المجوزون	490
شهادة الإبن مع أبيه	492
شهادة اللفيف أو الشهادة العرفية	495
بداية العمل بها	496
صورتها	497
وجه تسميتها باللفيف	497
أنواعها	497
موقف الفقهاء من هذا العمل	498
وجهة نظر المؤيدين	498
مستندهم في هذا العمل	499
مايشترط في شهادة اللفيف	451
اختلاف اللفيف باختلاف الأماكن	503
حاجة الناس إلى شهادة اللفيف	503
الحكم لولي القتيل دون شاهد	504
ترك مراعاة الفاقة	507
مسألة الخلعة	509
الخاتمة	512
فهرس المصادر	523